

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI: RECENTI NOVITÀ

di Fabio Elefante *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Quis custodiet ipsos custodes?* – 3. L'indipendenza del giudice. – 4. Dalla legge 117/88 alla legge 18/2015. – 5. La responsabilità dei magistrati. – 6. La responsabilità dello Stato per attività giudiziaria.

1. Introduzione

La *vexata quaestio* della responsabilità dei magistrati è oggetto di una sintetica ma approfondita riflessione di Piero Alberto Capotosti del 1968 ¹.
Occasione della Sua riflessione è la fondamentale sentenza n. 2 del 1968 della Corte costituzionale, che, risolvendo un dibattito aperto sin dall'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale, esclude il contrasto con l'art. 28 della Costituzione degli artt. 55 e 74 c.p.c., che, come già il codice del 1865 (art. 783) e, prima ancora, quello napoleonico ², circoscrivevano la responsabilità civile del magistrato (giudice e pubblico ministero) ai soli casi di dolo, frode e concussione.

La sentenza n. 2 del 1968 pone i (primi) punti fermi della materia chiarendo che:

- l'art. 28 Cost. si riferisce, oltre che agli uffici amministrativi, anche a quelli giudiziari, in quanto "l'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice ovviamente non pongono l'una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l'altro fuori dall'organizzazione statale";
- il rinvio alla legge ordinaria contenuto nell'art. 28 Cost. deve intendersi non nel senso della automatica ed indistinta applicazione della disciplina di cui all'art. 2043 c.c., a tutti i pubblici funzionari, ma nel senso che la responsabilità potesse essere variamente disciplinata e graduata e che, pertanto, "la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziali, la stessa posizione, *super partes*, del magistrato possono suggerire, come hanno suggerito *ante litteram*, condizioni e limiti alla sua responsabilità; ma non sono tali da legittimarne, per ipotesi, una negazione totale che violerebbe apertamente quel principio o

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Dipartimento di Economia e Diritto, Università di Roma "Sapienza".

¹ P. A. Capotosti, *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, in *Foro Amm.*, 1, 1968, fasc. 44, pp. 193 ss..

² Cfr. A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995 (versione orig. 1987), pp. 106 ss..

peccherebbe di irragionevolezza sia di per sé (art. 28) sia nel confronto con l'imputabilità dei "pubblici impiegati" (D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, art. 3 della Costituzione)³;

- la responsabilità personale del magistrato e quella dello Stato possono non coincidere, nel senso che, ferma la responsabilità dello Stato laddove vi sia la responsabilità del pubblico funzionario (per la Corte, "una legge che negasse al cittadino danneggiato dal giudice qualunque pretesa verso l'Amministrazione statale, sarebbe contraria a giustizia"), non può escludersi una responsabilità dello Stato più ampia di quella del magistrato, "desunta da norme o principi contenuti in leggi ordinarie (se esistono)".

Il peculiare interesse della riflessione di Capotosti, al di là di aspetti più direttamente connessi alla (allora) netta contrapposizione tra i teorici della responsabilità diretta e quelli della responsabilità indiretta dello Stato *ex art. 28 Cost.* ed a posizioni dottrinarie (all'epoca fortissime) ora abbandonate (quale quella della riconducibilità della sentenza non alla volontà del giudice ma solo a quella della legge), è dato da alcuni Suoi spunti che sembrano profetizzare la futura evoluzione normativa e che costituiscono una preziosa chiave di lettura ed analisi della recente legge 27 febbraio 2015, n. 18 (Disciplina della responsabilità civile dei magistrati). Con tale disciplina l'ordinamento italiano ha colto l'occasione della necessità di adeguarsi alla sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*⁴ per una più complessiva (e vedremo molto problematica) revisione della materia della responsabilità per l'esercizio del potere giudiziario.

I passaggi che ritengo essenziali della riflessione del Maestro sono i seguenti:

- i. le impugnazioni vanno considerate quali rimedi agli errori giudiziari;
- ii. l'errore giudiziario può sussistere anche al di là della materia penale (in cui la tradizione lo ha confinato);
- iii. il rapporto tra la responsabilità di cui all'art. 28 Cost. e la riparazione degli errori giudiziari di cui all'art. 24, comma 4, Cost. va intesa nel senso che la vittima dell'errore giudiziario (nell'ampio senso sopra inteso) deve avere una equa riparazione, mentre la responsabilità civile del giudice (estesa anche allo Stato) emerge solo laddove sia configurabile un rimprovero soggettivo del suo comportamento;
- iv. la non configurabilità di errori giudiziari e della responsabilità civile in relazione a sentenze passate in giudicato.

Questi passaggi devono essere tenuti presenti e testati nello sviluppo delle analisi, soprattutto, al fine di trarre conclusioni in ordine alla natura ed alla coerenza del nuovo regime di quella che deve definirsi come responsabilità da attività giudiziaria.

Sul piano terminologico sembra, infatti, da considerare solo parziale la tradizionale (e per questo mantenuta nel titolo) nozione di responsabilità del magistrato, sussistendo ormai (dopo la legge n. 18/2015) una più ampia ed articolata responsabilità da attività giudiziaria, rispetto

³ Questo passaggio della decisione è fortemente criticato da E. Casetta, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici: una illusione del costituente?*, in *Giur. cost.*, 1968, 294 ss., sull'assunto della sostanziale vanificazione che ne deriva del principio di responsabilità affermato dall'art. 28 Cost..

⁴ Analogo rilievo da parte della concorde dottrina, per tutti v. F. Biondi, *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, in *Rivista AIC*, 1/2012, pp. 10 ss..

alla quale la prima si pone in termini di specie a genere, costituendone solo una ipotesi, peraltro decisamente limitata.

Il richiamato studio di Piero Alberto Capotosti si intitola *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati* ed è innegabile, in effetti, che la responsabilità civile dei magistrati si inquadri in un più complessivo meccanismo di controllo della magistratura e che, in questo senso, rappresenti una componente costituzionale dell'ordinamento giuridico, a prescindere dal rango formale della fonte normativa che la disciplina.

Il nuovo quadro normativo, dando finalmente seguito all'apertura contenuta nella sentenza n. 2 del 1968 della Corte ed a molteplici istanze dottrinarie ⁵, vede l'abbandono del parallelismo tra la responsabilità dello Stato e quella del magistrato, ammettendo la responsabilità del primo in ipotesi in cui sia da escludersi un rimprovero soggettivo all'organo giudiziario. Da ciò emerge, poi, ancor più chiara la irriducibilità del tema ad una questione di responsabilità professionale di una categoria di funzionari cui la Costituzione riconosce uno *status* differenziato e di peculiare autonomia, dovendosi affrontare lo stesso in ottica di complessiva responsabilità civile discendente dall'esercizio della giurisdizione e di come questo impatti sul rapporto tra lo Stato e quelli che, a seconda delle prospettive, possono indicarsi quali destinatari dell'esercizio del potere giurisdizionale o interessati al servizio giustizia.

Un tema di diritto costituzionale, tuttavia, necessariamente intrecciato con i profili e le funzioni civilistiche della responsabilità e quelli processualcivistici delle forme e dei modi del suo esercizio, essendo regole sostanziali e processuali del diritto civile (e le loro concrete interpretazioni giudiziali) quelle che definiscono il bilanciamento tra i principi costituzionali di indipendenza e di responsabilità dei magistrati.

Nel tema della responsabilità civile per l'esercizio della giurisdizione, a ben vedere, si incrociano una notevole serie di questioni. Vengono ad un tempo in emersione temi quali la responsabilità dello Stato e del controllo sul potere, l'errore giudiziale e la sentenza ingiusta (e relative forme di riparazione), la libertà interpretativa del (singolo) giudice (soggettivamente considerato) e la certezza del diritto-ordinamento (oggettivamente inteso), il tema dell'indipendenza interna ed esterna del magistrato (rispetto alle Corti superiori e rispetto le parti del giudizio), della integrazione tra ordinamento nazionale ed eurounitario (che ha, come detto, occasionato la riforma) e relativi meccanismi di integrazione/cooperazione, del rapporto tra giudizio di responsabilità e mezzi di impugnazione, del rapporto tra giudizio di responsabilità e autonomia costituzionalmente garantita del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Viene infine in rilievo, in via di opzione sistemica, il tema della funzione (solidaristico-riparatoria o general preventivo-sanzionatoria) della responsabilità civile ⁶ ed il suo rapporto (di integrazione/cumulo o opposizione/sostituzione) con quella disciplinare.

La varietà dei profili spiega la ragione per cui al tema si accostano da prospettiva e con sensibilità diverse giuristi di varie discipline e perché ogni soluzione (normativa o esegetica) proposta difficilmente riesca a conciliare i vari aspetti.

⁵ Nel senso della necessità di estendere la responsabilità dello Stato ai casi in cui non fosse prevista la responsabilità (a quel tempo, per dolo) del magistrato, l'importante saggio di A. M. Sandulli, *Atti del giudice a responsabilità civile*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 1293 ss. (già edito in *Dir. e soc.* del 1974).

⁶ Così, tra gli altri, A. Pace, *La responsabilità dei magistrati*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, p. 2.

Volendo precisare il taglio dell'analisi che si viene a sviluppare nelle pagine che seguono, ritengo utile chiarire che ad esse resta del tutto estraneo il tema della legittimazione del potere giudiziario e quello, al primo collegato, della responsabilità politica dei magistrati.

Questo approccio, pure diffusamente seguito nella trattazione scientifica del tema della responsabilità dei magistrati⁷, mi pare definitivamente superato con la fine del contesto storico culturale in cui, tra gli anni sessanta e settanta dello scorso secolo, esso è emerso⁸.

Una responsabilità politica delle magistrature non appartiene all'ordinamento costituzionale italiano, come pacificamente riconosciuto dalla dottrina maggioritaria⁹, ed, invero, anche negli ordinamenti dove una tale responsabilità (o una analoga responsabilità costituzionale¹⁰) sussiste, questa rimane quale ipotesi del tutto eccezionale¹¹. Più finalizzata a costituire una valvola di sicurezza del sistema, che un effettivo strumento di trasmissione di indirizzo politico¹².

L'analisi condotta nega, poi, la (rigida) opposizione tra giudice professionale, cui si riconetterebbe il modello comune della responsabilità civile, e giudice burocrate cui si riconetterebbe il modello pubblicistico della responsabilità disciplinare, costruita con ricchissima ricostruzione e documentazione storica da Giuliani e Picardi in uno dei fondamentali studi sul tema della responsabilità dei giudici¹³.

Questa ricostruzione, tesa a supportare un modello processuale paritario, coerente all'*ordo iudiciarius* isonomico medioevale, e a indebolire la logica statualistica del diritto (non solo) processuale, evidenzia con assoluta precisione la possibile sovrapposizione funzionale (rispetto al fine di controllo dei magistrati) tra responsabilità civile e disciplinare. Ma essa appare riduttiva, dacché risolve il tema delle responsabilità nella "sanzione" del magistrato, laddove l'ordinamento italiano (analogamente ad altri di *civil law*) si è indirizzato (anzitutto) verso un modello riparatorio dei pregiudizi economici. E, soprattutto, non si attaglia più ad un modello nel quale la responsabilità civile del singolo organo giudiziario si collega (a mo' di appendice) a quella disciplinare, rispetto cui si atteggia quale sanzione ulteriore, in una complessiva funzione di controllo misto sul magistrato¹⁴.

La differenziazione tra la concezione burocratica del potere giudiziario nelle aree di *civil law* e il modello professionale del giudice di *common law* è nota ed è noto come sia in corso un

⁷ Tra gli altri: F. Pintus, voce *Responsabilità del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 189 ss.; V. Varano, *Responsabilità del magistrato*, voce *Digesto IV, disc. priv.*, XVII, Torino, Utet, 1998, pp. 175 ss.; F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006; G. Volpe, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzorusso, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 439 ss.

⁸ Sul tema v. G. Moschella, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2009 ed ivi ampia bibliografia.

⁹ Cfr. G. Zagrebelsky, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, I, pp. 792-795.

¹⁰ Sulla responsabilità costituzionale, quale sottospecie della responsabilità politica, dei magistrati nell'ordinamento statunitense e tedesco v. M. Cappelletti, *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 34-36.

¹¹ A. Tsaoussi, E. Zervogianni, *Judges as Satisfiers: A Law and Economics Perspective on Judicial Liability*, EJLE 2010, 347, riportano che dal 1804 al 1960 negli Stati Uniti è stata disposta la rimozione di 19 giudici statali e 7 giudici federali.

¹² Cfr. G. Silvestri, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, a cura di S. Gambino, Milano, Giuffrè, 2004, p. 11.

¹³ A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., *passim*.

¹⁴ V. *infra*, paragrafo 6. Prima della legge Vassalli, S. Bartole, *Della responsabilità civile del giudice e di quella (per inadempimento) del legislatore ordinario*, in *Giur. it.*, 1976, I, pp. 1535 ss., spec. pp. 1342-1344 e G. Zagrebelsky, op. cit., p. 791 proposero una estensione della responsabilità dei giudici e di assegnare al CSM la funzione di decidere non solo in ordine alla responsabilità disciplinare, ma anche in ordine a quella risarcitoria.

progressivo avvicinamento tra le due famiglie di ordinamenti, nonostante le diverse origini storiche dei due modelli. Il primo discendente dal monopolio statale sul potere giudiziario, sottratto alla comunità civile, frantumato come corpo intermedio ed istituzionalizzato, in discontinuità con la tradizione, quale servizio reso da peculiari funzionari pubblici nell'esercizio dei poteri sovrani dello Stato. Il secondo nato dall'assorbimento progressivo e senza soluzione di continuità di istituti e regole medioevali, tra cui quella del ruolo normativo della magistratura e la sua legittimazione politica.

D'altronde, l'indiscutibile connessione tra statualità della funzione giudiziale e responsabilità disciplinare, storicamente ricostruita in tutti i suoi passaggi costitutivi da Giuliani e Picardi, non impedisce che nel modello europeo continentale, tutto ispirato al modello burocratico-funziariale¹⁵, convivano soluzioni ordinamentali affatto diverse (rispetto alle quali la storia politico costituzionale degli Stati ha evidentemente prevalso sul modello astratto, pur nella identità del percorso di statalizzazione della funzione giudiziaria)¹⁶.

E, parimenti, la continuità del *common law* rispetto alla esperienza medioevale e la peculiare posizione istituzionale dei suoi giudici non vale affatto a renderli soggetti né ad un sindacato giurisdizionale sul loro operato, sul modello dell'età comunale¹⁷, né ad una *actio quasi poenalis* di derivazione romanistica, sul modello della azione verso il *iudex qui litem suam fecerit*¹⁸, essendo invece loro riconosciuta la *judicial immunity*¹⁹.

Nondimeno resta affascinante il rilievo che oggi come nell'*Ancient Regime* francese, la classe politica pensi di ricorrere all'azione di responsabilità civile quale contrappeso all'autonomia del potere giudiziario, ogni qual volta essa veda messo in discussione il suo primato e riscontri la indisponibilità di efficaci mezzi di controllo politico disciplinare o paradisciplinare sul "ceto" dei giuristi.

E la storia del fallimento del tentativo del *Code Louis* del 1667 di conseguire la "normalizzazione" del Parlamento di Parigi²⁰, al pari della sterilizzazione della legge 13 aprile 1988, n. 117 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati) da parte della Cassazione italiana (che ha fatto prevalere una lettura estremamente protettiva dell'ordine giudiziario²¹), convincono ad approfondire anche gli aspetti sistemici della responsabilità dello Stato introdotti dalla legge n. 18/2015,

¹⁵ Definizione proposta da M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.

¹⁶ Sulla attuale differenziazione in tema di responsabilità dei giudici tra ordinamenti *civil law* e *common law* v. G. Grasso, *La responsabilità civile dei magistrati nei documenti internazionali e negli ordinamenti di Francia, Spagna, Germania e Regno Unito*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 309 ss.

¹⁷ Sulla responsabilità dei giudici nell'età comunale e sull'azione di sindacato nei loro confronti v. l'ampio saggio di U. Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, Padova, Cedam, 1955², pp. 385 ss.

¹⁸ Sulla responsabilità dei giudici nel diritto romano ed, in specie, sul collegamento tra questa e la evoluzione dell'organizzazione giudiziaria v. R. Lambertini *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, su www.studiarodoantichi.org.

¹⁹ Per una analisi del regime statunitense odierno e per una riflessione su un possibile avvicinamento con il modello europeo continentale in tema di responsabilità dei giudici v. A. Tsoussi, E. Zervogianni, op. cit., pp. 333–357.

²⁰ Sul fallimento del progetto di Luigi XIV di utilizzare la responsabilità civile quale mezzo di controllo della casta giudiziaria ed, in specie, del Parlamento di Parigi v. N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 2, 2007, pp. 284–287. Ma già in A. Giuliani, N. Picardi, op. cit., pp. 57 ss.

²¹ Cfr., *ex multis*, V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2006, pp. 347 ss. e A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Rivista AIC*, 1/2012.

senza concentrarsi (solo) sulla posizione del giudice (alla cui tutela soccorrerà, verosimilmente, la inevitabile azione correttivo-interpretativo della Suprema Corte ²²).

Si evidenzia, infine, che la riforma della responsabilità disciplinare ²³ sarà accennata in alcuni passaggi dell'analisi e non affrontata *funditus*, essendo oggetto di analisi la responsabilità del magistrato, ma non quella dello Stato. Chi scrive ritiene, infatti, che proprio la responsabilità dello Stato-giudice sia l'aspetto più problematico e meno esplorato della nuova disciplina.

2. *Quis custodiet ipsos custodes* ²⁴?

Il tema (della fondazione e) del controllo del potere è l'essenza stessa del costituzionalismo ²⁵. Riferito ai poteri neutrali, dei quali quello giurisdizionale è il prototipo storico, esso diviene un problema complesso in ogni ordinamento giuridico ²⁶.

Se in relazione alle amministrazioni indipendenti, pur ammesso che queste siano davvero forme di neutralizzazione istituzionale ²⁷, la procedimentalizzazione delle scelte decisorie e la soggezione al controllo giurisdizionale ²⁸, rappresentano almeno in via astratta una possibile soluzione della questione, trasferendo il tema nella misura e nella adeguatezza del sindacato esercitato dai giudici sulle autorità indipendenti, la questione del controllo sul potere giudiziario presenta complicazione maggiore.

Nell'ordinamento italiano, escluso, in nome dell'indipendenza del giudiziario, qualsiasi controllo politico e la stessa soggezione al Parlamento, sostituita dalla più oggettiva ed elastica soggezione alla legge, purché conforme a Costituzione, escluso che il potere esecutivo, nella persona del Ministro della Giustizia, possa andare oltre l'esercizio di una azione disciplinare, la cui decisione compete, in prima battuta, al supremo organo di amministrazione della giurisdizione (dove la componente corporativa dei magistrati è maggioritaria) e, ad ultimo, all'organo di vertice della giurisdizione ²⁹ ed esclusa, ancora in nome dell'indipendenza degli organi giudiziari, qualsiasi forma di controllo esterno, non resta che l'auto-controllo interno.

Meccanismo questo potenzialmente perfetto in un sistema che vede i giudici non gerarchizzati ma distinti solo per funzioni e ciascun organo giudiziario garantito nella sua indipendenza interna ed esterna ³⁰.

²² Nello stesso senso, v. E. Cesqui, *Il rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, non è solo questione procedurale. La legge sulla responsabilità civile alla prova dei fatti, un orizzonte incerto*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2015, p. 200.

²³ Sulla evoluzione della responsabilità disciplinare dopo le riforme Castelli e Mastella, v. F. Dal Canto, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, Relazione svolta in occasione delle VI Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale, dedicate al "Poder judicial", 27-28 settembre 2007, in *Rivista AIC* 2007.

²⁴ Giovenale, *Satire*, VI, 347.

²⁵ Tra i tanti, cfr. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 51, 2006, fasc. 2, pp. 1643-1668.

²⁶ Cfr. V. Vigoriti, *La responsabilità del giudice: timori esagerati, entusiasmi eccessivi*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 289.

²⁷ Sulle possibili funzioni politico costituzionali dei poteri neutrali v. M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.

²⁸ Sulla questione della soggezione dei poteri neutrali al controllo giurisdizionale v. G. Guarino, *Le Autorità garanti nel sistema giuridico*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999, p. 42.

²⁹ Sul tema, in chiave storica, v. A. Giuliani, N. Picardi, op. cit., pp. 106 ss. Sul tema v. anche G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 416 ss.

³⁰ Sulla indipendenza interna v. le riflessioni di R. Romboli, *Attività tabellare del Consiglio superiore della magistratura e indipendenza interna del giudice*, in AA. VV., *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 13.

Sul piano del controllo sulle persone, il controllo penale è pienamente adeguato alla funzione. E norme procedurali assicurano che il suo esercizio non sia indebolito dalla *vicinitas* di “casta” tra controllore e controllato.

Sul piano del controllo degli atti giudiziari, il tema dell’auto-controllo pone, invece, questioni complesse, intrecciandosi con quello dei mezzi di impugnazione.

Portata al suo estremo, tale forma di auto-controllo richiederebbe, però, oltre a meccanismi sanzionatori (disciplinari e, in caso, penali) sull’organo giudiziario che devii dai propri doveri e a meccanismi riparatori dei danni patrimoniali cagionati da provvedimenti erronei (non riparabili né riparati con i mezzi di impugnazione), una eterna rivedibilità della decisione giudiziale finale.

Ma «protrarre all’infinito l’auto-controllo giurisdizionale delle decisioni significherebbe di fatto negare protezione ai diritti e lasciare aperte le controversie ³¹».

In nome della stabilità dei rapporti giuridici, pertanto, l’auto-controllo giudiziale porta ad una decisione definitiva, il giudicato, che costituisce uno degli aspetti maggiormente caratterizzanti (quando non il *proprium*) della funzione giurisdizionale. E sempre in nome della stabilità dei rapporti giuridici e della tutela dei diritti e dell’affidamento che questa comporta, l’ordinamento finisce per internalizzare quale rischio e prezzo inevitabile del sistema il pericolo della decisione ingiusta.

La previsione di mezzi straordinari di impugnazione del giudicato, costituisce, in definitiva, in un tale contesto, una limitata eccezione autocorrettiva.

Tra le eccezioni all’intangibilità del giudicato è, però, da sempre ricompresa l’ipotesi del dolo del giudice.

In tale ipotesi, la decisione, ancorché definitiva ed inoppugnabile, può essere, a seconda del processo, revocata o revisionata e l’interessato ha altresì sempre diritto a vedersi riconoscere il risarcimento del danno.

La sentenza n. 2 del 1968 della Corte costituzionale, in specie, chiarì che tale diritto, come espressamente previsto dal codice di rito, e quindi sulla scorta di una tradizione secolare, era azionabile non solo nei confronti del giudice, ma altresì nei confronti dello Stato. Superando per questa via, in attuazione dell’inequivoco disposto costituzionale, il dogma sovranista ottocentesco della irresponsabilità dello Stato per gli atti *iure imperii* (quali i provvedimenti giudiziali).

Similmente, è sempre stato il riconoscimento della responsabilità, anche in questo caso sia penale sia civile, per l’ipotesi (in vero del tutto infrequente nella pratica) del diniego di giustizia.

Sicché il controllo sull’azione dolosa o sull’inazione (anche colposa) del giudice è sempre stato pieno, quantomeno dalla recezione dei codici francesi negli ordinamenti preunitari e, poi, dopo l’unificazione nazionale.

Controllo sulla persona del giudice e controllo sugli atti o sui comportamenti in caso di dolo o di diniego di giustizia, pertanto, risultano convergenti.

Nessuna contraddizione sussiste, d’altronde, tra il “mito” del giudicato e la regola della responsabilità civile, essendo questa destinata ad operare solo dopo una decisione definitiva

³¹ G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 51.

(penale) che accerti l'illecito ed il presupposto per la revocazione della decisione viziata dal dolo.

Il tema del giudicato nemmeno si pone nel caso di una decisione dolosa corretta, prima ancora di acquistare definitività, dal meccanismo delle impugnazione. Come nessun tema poneva il diniego di giustizia, essendo questo ontologicamente non collegato a provvedimenti definitivi ed anzi essendo destinato a sanzionare inerzie o altri comportamenti omissivi.

Ma in un tale contesto, la (indubbia) coerenza sistematica dei rimedi lasciava ai margini l'ipotesi più frequente di errore giudiziario. Quello ascrivibile ad errori interpretativi delle norme, del fatto o delle prove, rispetto ai quali ammettere la risarcibilità varrebbe a consentire un giudizio sul giudizio, al di fuori dei mezzi ordinari di impugnazione, ed, in caso, a considerare un giudicato, ad un tempo, definitiva ed intangibile *regola iuris* di un rapporto e atto illecito, fonte di responsabilità dello Stato e del giudice. Contraddizione logica, non pratica. Ben potendo sopravvivere il primo giudicato, inteso quale accertamento dispositivo, all'accertamento della sua erroneità. Con conseguente salvezza dei principi della stabilità dei rapporti e dell'affidamento riposto nel giudicato dagli interessati. Ma indiscutibilmente una lacerazione logica del sistema.

Il punto nodale della responsabilità del magistrato è, quindi, da sempre, quello della responsabilità per colpa, che pone il problema ad un tempo teorico e pratico della conciliazione di una tale responsabilità con il giudicato e con l'indipendenza del giudice.

Ed è attorno a tale problema che si è costantemente acceso il contrasto ideale tra magistratura, politica e dottrina (quest'ultima notevolmente divisa al suo interno).

La riflessione attorno tali questioni, sviluppatasi già a partire dell'instaurazione dell'ordinamento repubblicano, si è poi sempre più intrecciata (non solo nella dottrina costituzionalistica ³²) con quella sulla creatività interpretativa del giudice e sul rapporto tra questo e la legge in un sistema a Costituzione rigida.

Il più ampio ed accurato studio recente dedicato ai profili costituzionali della responsabilità dei magistrati ³³ muove, ad esempio, proprio dall'analisi in ordine alla sussistenza o meno di un potere discrezionale dei magistrati nella loro attività interpretativa e nella loro gestione dei poteri processuali, per farne derivare la necessità di una più ampia sfera di responsabilità.

Si tratta di un approccio certamente suggestivo, che indubbiamente descrive il contesto culturale nel quale si inserisce il dibattito politico e dottrinario in ordine alla responsabilità civile dei giudici. Ma è, in vero, opinabile la premessa di legare la responsabilità al potere interpretativo, come se una maggiore o minore estensione di questo incidesse davvero sulla questione dell'errore giudiziario o dell'abuso doloso della giurisdizione. Il potere cui riconnettere la responsabilità è quello giurisdizionale in quanto tale, che, a prescindere dai margini (più o meno ampi) di creatività ermeneutica, costituisce a tutti gli effetti dichiarazione autoritativa del diritto oggettivo nel caso concreto. Ed una tale dichiarazione, laddove erronea (per dolo o colpa del giudicante), pone il tema teorico della responsabilità. La giurisdizione,

³² Cfr. N. Trocker, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 1283 ss

³³ F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, cit.. Nella stessa prospettiva, sembrano anche le riflessioni di A. Giuliani, N. Picardi, op. cit., *passim*, e di M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012.

per altro verso (come comprova la stessa nozione di diniego di giustizia), prima ancora che potere, costituisce obbligo/funzione. Ed invero la responsabilità si collega all'obbligo ed alla funzione non meno che al potere.

Anche laddove il giudice fosse davvero mera bocca della legge, come proposto in chiave ideologica dal giusnaturalismo illuminista e, per lungo tempo imposto dal positivismo e dal formalismo giuridico in chiave culturale, si porrebbe, in effetti, un tema di controllo sulle decisioni e di eventuale responsabilità del magistrato.

E la circostanza che anche in contesti culturali, quali quelli di *common law*, dove la creatività del potere giudiziario e la sua funzione di controllo diffuso di costituzionalità sono pacificamente componenti dell'ordinamento costituzionale (ed anzi uno dei suoi principali elementi di separazione dei cicli funzionali e contrappeso tra organi ³⁴), sussista il dogma della *judicial immunity* sembra in vero smentire tale tesi. Come ulteriore smentita della stessa sembra essere la circostanza che la attuale riflessione dottrinale statunitense ³⁵ in ordine all'introduzione, accanto alle tradizionali forme di responsabilità politica e disciplinare, di una responsabilizzazione civile dei giudici per dolo e negligenza inescusabile viene avanzata (non già quale limite al potere discrezionale/creativo dei giudici, bensì) quale strumento per ridurre gli errori giudiziari. Questo indirizzo è prova evidente che la responsabilità civile dei giudici non deriva logicamente e necessariamente dalla teoria dell'interpretazione, dalla interpretazione conforme, dalla integrazione eurounitaria o dal riconosciuto ruolo costituzionale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Ma discende dal rischio di errore (doloso o colposo) insito in ogni attività umana.

Non si vuole, in questo senso, negare una connessione tra i fenomeni. Essendo innegabile sul piano storico che lo sviluppo della riflessione politica e dottrinale sulla (necessità di) estensione della responsabilità civile dei giudici alla colpa grave abbia per lo più coinciso con il rilievo dell'accresciuto potere della giurisdizione in un moderno Stato sociale di diritto (in generale) ed in quello italiano (con la peculiare posizione istituzionale di autonomia del giudiziario qui prevista, in particolare) ³⁶. Né che la modulazione della responsabilità civile da attività giudiziaria possa influenzare (non tanto l'autonomia interpretativa del potere giudiziario, in quanto tale, ma) l'autonomia del singolo organo giudicante.

Si ritiene tuttavia necessario rimarcare che il tema della responsabilità dei giudici è, anzitutto, il tema degli errori giudiziari. E che la connessione di tale tema con la teoria dell'interpretazione va considerata (non quale *ratio* della disciplina bensì) al fine (proprio) di evitare che una regola di responsabilità possa incidere sulla libertà interpretativa e sul principio di soggezione del giudice solo alla legge (e non già agli indirizzi dei giudici della responsabilità verso cui sarebbe, in seguito, chiamato a rispondere).

È condivisibile che «ogni cultura giuridica ... elabor[ri] una peculiare concezione del ruolo del giudice – e, conseguentemente, del regime del suo ufficio – associando ad essa un modo concreto di chiamare il magistrato a rispondere degli illeciti commessi nell'esercizio delle sue

³⁴ Si usa l'espressione nel senso proposto da G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, I, Milano, Giuffrè, 1979.

³⁵ Cfr. A. Tsoussis, E. Zervogianni, op. cit., pp. 333 ss.

³⁶ Cfr. M. Cappelletti, *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, cit., pp. 5 ss.

funzioni ³⁷». Ed in tale elaborazione è inevitabile che abbia rilievo l'ormai pacifico riconoscimento dell'accresciuto peso sociale della giurisdizione.

Ma si ritiene essenziale tenere distinti i piani. Dacché la responsabilità del giudice e dello Stato per l'errore nell'esercizio della giurisdizione è tema più grande e articolato. Rispetto al quale la teoria dell'interpretazione e la discrezionalità in questa insita gioca certamente un ruolo. Ma non si risolve in essa.

Questa precisazione si ritiene, poi, essenziale nel momento in cui l'ordinamento si è avviato, ai sensi della legge n. 18/2015, verso un modello di distinta "responsabilità" dello Stato e del giudice. Il tema della discrezionalità dell'interpretazione si pone come rilevante in relazione alla posizione del secondo, mentre come, vedremo, la posizione dello Stato presenta profili in parte diversi.

Ciò chiarito, non può non condividersi che, sul piano storico, il tema della responsabilità dei giudici (nel nostro ordinamento) per attività colposa è andato acquistando di interesse a fronte della generale giudiziariazione degli ordinamenti giuridici moderni.

Tale fenomeno, in via generale, può spiegarsi in molti modi. Con l'emergere della cosiddetta politica dei diritti ³⁸, con l'ampliarsi dello stato sociale ³⁹ (Bognetti 1988), con il gigantismo delle organizzazioni sociali ed economiche di una società massificata ⁴⁰, con il venire meno della sintesi omogenea politica nel passaggio da Stato monoclasse a Stato pluriclasse ⁴¹, con la crescita della domanda di giustizia ⁴², con la perdita del principio di autorità ⁴³.

Ma riferito all'ordinamento costituzionale italiano sembra innegabile che si sia assistito da un lato al progressivo indebolimento del potere legislativo dall'altra al progressivo rafforzamento del potere giudiziario ⁴⁴.

All'indebolimento del legislativo hanno cooperato un'ampia serie di fattori:

- (dapprima) la ipertrofia dello Stato sociale, che ha portato a regolare fin nel dettaglio ed in maniera incessante quasi ogni aspetto del vivere collettivo ed ha amplificato l'ambito di intervento ed il ruolo di sintesi del potere giudiziario, chiamato a (cercare di) ricondurre a ragionevolezza la continua sovrapposizione di regimi parziali e transitori, privilegiando la interpretazione sistematica ovvero quella più creativa;
- (progressivamente) la massificazione dei rapporti sociali ed economici, che ha amplificato la domanda di giustizia e la sua incidenza sull'economia e la società;
- (costantemente) la riluttanza della classe politica a disciplinare settori politicamente controversi e socialmente sensibili, rispetto ai quali si è assistito ad una sostanziale abdicazione a favore della autoregolazione sociale ed all'inevitabile ruolo di supplenza del potere

³⁷ M. J. Solla Sastre, *Le responsabilità del giudice in Spagna: una ricostruzione storico-giuridica (1834-1870)*, in *Giornale di storia costituzionale/Journal of constitutional history* 23/I 2012, p. 141.

³⁸ S. A. Scheingold, *The Politics of the Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*, New Haven, London, Yale University press, 1974.

³⁹ G. Bognetti, *La divisione dei poteri: saggio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁴⁰ M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., pp. 31 ss..

⁴¹ M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, pp. 45 ss..

⁴² L. M. Friedman, *Total Justice*, New York, Russell Sage Foundation, 1994, p. 27.

⁴³ M. Luciani, ult. op. cit., pp. 21-22.

⁴⁴ M. Luciani, ult. op. cit., pp. 2-11.

giudiziario, talora in autonomia, talora ausiliato dalla giurisprudenza costituzionale e, di recente, sovranazionale;

- (in via logica) la natura stessa delle norme dello Stato sociale, di natura programmatica e flessibile, come tali richiedenti definizione ermeneutica;
- (in un crescendo) il decadimento della tecnica redazionale delle disposizioni, che richiede un ruolo sempre più razionalizzante e correttivo del giudiziario;
- (in connessione coll'evoluzione del diritto eurounitario) la dilatazione degli ambiti di amministrazione c.d. neutrale ed indipendente, rispetto ai quali l'intervento giudiziale (specie del giudice amministrativo) assume ruolo di contrappeso ordinamentale;
- (in connessione con lo sviluppo del modello di economia di mercato) il trasferimento sul piano sovranazionale (con il consenso implicito delle classi dirigenti nazionali) di ampie quote di potere regolatorio.

Il rafforzamento del potere giudiziario, oltre a derivare quale effetto immediato dalla perdita di ruolo del legislativo, è poi disceso dal superamento della legalità formale a favore di quella costituzionale (che oggi include la tutela della Carta europea dei diritti dell'uomo) e dall'inserimento del giudice nel circuito dell'attuazione del diritto eurounitario ⁴⁵. Ma anche da una complessiva perdita di credibilità della classe politica a favore delle componenti tecnocratiche del sistema ordinamentale. E tra di esse il potere giudiziario costituisce, ad un tempo, la componente più accessibile e la più strutturata, essendo attivata dalla azione di parte, senza filtro politico-sociale, ed essendo munita di ampi ed incisivi poteri di intervento per la realizzazione degli interessi privati.

La *vexata questio* della responsabilità civile dei giudici va allora considerata non solo quale attuale epifania dell'eterna ricerca del controllo sul controllore, *quis custodiet ipsos custodiet* ci tramanda la tradizione, ma nella complessiva giudiziariizzazione degli ordinamenti giuridici moderni e, soprattutto, nello specifico contesto italiano, dove si è assistito ad un indebolimento non solo ideologico della classe politica e dove le magistrature godono di una delle sfere di autonomia costituzionale più ampia in senso assoluto ⁴⁶.

3. L'indipendenza del giudice

La responsabilità civile del giudice incide sul principio di indipendenza della magistratura ⁴⁷.

Sulla scorta di questo pacifico rilievo, che porta negli ordinamenti di *common law* ad assolutizzare la tutela del giudice riconoscendogli la *judicial immunity*, la nostra Corte costituzionale ritiene necessario un bilanciamento tra indipendenza e responsabilità e legittimo

⁴⁵ È opinione condivisa dalla pressoché unanime dottrina: per tutti, v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

⁴⁶ Cfr. M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, 29, 1998, fasc. 3, pp. 365-382, nonché in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 880 ss..

⁴⁷ Rilievo pacifico sin da L. Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile*, 3^a ed., Milano, Vallardi, s.d. (ma 1910), vol. II, p. 506. Per una recente attenta riflessione sugli effetti della responsabilità sull'indipendenza della funzione giudiziaria, v. M. A. Sandulli, *Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, n. 10/2012, p. 9.

uno statuto di responsabilità differenziato e privilegiato rispetto a quello degli altri funzionari pubblici (sentt. nn. 2/1968, 26/1987 e 468/1990).

Il concetto di responsabilità civile non richiede peculiari chiarimenti. Se non il richiamo della progressiva prevalenza della *ratio* riparatoria/solidaristica della stessa, rispetto alla originaria visione retributivo-sanzionatoria ⁴⁸.

L'indipendenza del giudice, ai fini che interessano, richiede invece qualche precisazione ulteriore, non tanto in relazione al significato, pacificamente condiviso, di indipendenza funzionale o in relazione alla sua riconosciuta garanzia costituzionale sia nei confronti di poteri o soggetti esterni all'ordine giudiziario sia nei confronti degli altri giudici, quanto in merito alla sua funzione nell'ordinamento costituzionale ⁴⁹.

Nella tradizione liberale dello Stato di diritto, che *in parte qua* ancora permea la nostra Costituzione, il giudice, soggetto solo alla legge, è indissolubilmente legato a questa. L'indipendenza del giudice è tutt'uno con la sua neutralità ed entrambe sono precondizioni per la razionale, sillogistica, oggettiva, certa ed egualitaria applicazione del comando normativo.

Indipendenza, in questo contesto, non implica alcuna discrezionalità né alcun potere dell'interprete, ma unicamente l'assoggettamento alla *voluntas legis*, che si assume evidente ed intrinsecamente razionale *ratio scripta* e che tramite il giudice si propaga neutralmente nell'ordinamento. Vi è quindi continuità tra la garanzia di indipendenza e la sostanza delle funzione ⁵⁰.

Così concepita l'indipendenza, un tema di responsabilità può emergere solo in caso di volontario allontanamento dall'interprete dalla *ratio scripta* o in caso di assoluta sua inettitudine alla ricostruzione della stessa. Ipotesi quindi entrambe estreme e per le quali la medesima tradizione giusnaturalistico-illuminista aveva predisposto la responsabilità per il dolo del giudice (con conseguente revocazione della decisione) e il controllo della *Cour de Cassation*.

La premesse ideologiche e le basi sociali di tale modello sono, come noto, rapidamente tramontate e la rottura ordinamentale costituita dall'instaurazione dell'ordinamento repubblicano ha fatto il resto.

Se, infatti, nella Costituzione repubblicana l'assetto e la funzione della giurisdizione sembrano mantenersi coerenti alla tradizione, salvo i rafforzamenti ed i presidi posti ad assicurare l'indipendenza interna ed esterna dei magistrati, l'instaurazione della legalità costituzionale vale a modificare in radice il rapporto giudice-legge.

In particolare, la scelta della legge costituzionale n. 1 del 1948 di assegnare al giudice il ruolo di filtro per l'accesso al giudizio di costituzionalità vale a porre i magistrati in una prospettiva diversa rispetto alla legge, cui sono soggetti solo nella misura in cui questa sia conforme ai superiori principi costituzionali e che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, sono tenuti

⁴⁸ Sulle funzioni della responsabilità civile e su come essa possa atteggiarsi rispetto all'esercizio dei pubblici poteri, sia consentito rinviare a F. Elefante, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, Padova, Cedam, 2002, spec. pp. 112 ss. e pp. 313 ss.

⁴⁹ Sull'indipendenza della magistratura l'imponente e ormai classico studio di S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964, spec. pp. 197 ss.

⁵⁰ Cfr. C. Mezzanotte, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in AA. VV., *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, cit., 1994, pp. 14.

ad interpretare autonomamente in maniera conforme alla Carta fondamentale ed, in specie, alla luce dei diritti fondamentali riconosciuti dagli artt. 2 e 3 Cost.⁵¹.

Ne discende una crisi d'identità della funzione giurisdizionale, dacché la Costituzione non si presenta (pur ammesso che la legislazione ordinaria si fosse mai presentata davvero come *ratio scripta universalis*) certa, misurabile, prevedibile. Bensì essa afferma una pluralità di valori e principi antagonisti, che lasciano aperto il conflitto politico-ideologico sotteso e pongono all'interprete un problema di ricostruzione e di bilanciamento.

In questo nuovo contesto l'indipendenza, non più presupposto della meccanica attuazione della univoca *ratio legis* e per questa via dell'uguaglianza, finisce per risolversi nella protezione della libera autodeterminazione interpretativa del giudice dalle interferenze di altri poteri.

Indipendenza, quindi, quale presupposto del pluralismo ideologico e valoriale dei giudici e, in questo senso, quale massima affermazione della creatività (quando non della politicità) del giudice.

Così concepita l'indipendenza funzionale, la responsabilità civile diviene elemento quasi incompatibile, potendo facilmente tradursi in una compressione di quella libera autodeterminazione interpretativa in cui l'indipendenza è venuta a risolversi.

Questo spiega la posizione di molta dottrina, che ritiene ontologicamente incidente sull'indipendenza dei giudici la regola della responsabilità⁵². E chiarisce perché le (ovvie) resistenze della corporazione dei magistrati, ad una estensione della regola della responsabilità, siano sempre state più forti da quelle componenti associative che più hanno fatto del pluralismo interpretativo la propria bandiera ideologica⁵³.

Insita, ovviamente, nell'estremizzazione pluralistico-creativa della funzione giurisdizionale è la perdita dell'unità giuridica dell'ordinamento, della sua certezza e, in ultima analisi, della razionalità/prevedibilità, che costituiscono la stessa base funzionale del diritto oggettivo.

Il tema dell'indipendenza, nell'accezione risultante dal quadro costituzionale, si connette allora a quello della certezza giuridica, che esprime anch'esso principi e valori di rango costituzionale⁵⁴.

Diviene, anche in questo caso, un problema di bilanciamento, dovendosi conciliare il pluralismo interpretativo con la sua peculiare capacità di adattare l'ordinamento alle dinamiche evolutive sociali, con la esigenza e la tendenza alla regolarità/stabilità, che della giurisdizione (e prima ancora della normazione) è funzione essenziale, e con la garanzia di uguaglianza che ispira l'intero tessuto costituzionale.

⁵¹ Sul valore della coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 Cost., si v. tra i moltissimi fondamentali contributi di A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, 4/2013.

⁵² In questo senso, tra gli altri, per l'estrema linearità e chiarezza della posizione v. A. Anzon Demmig, *La responsabilità del giudice come rimedio contro interpretazioni «troppo creative»: osservazioni critiche*, in AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, *Annuario AIC 2004*, Padova, Cedam, 2008, pp. 253 ss., spec. 256-260.

⁵³ Sulla posizione di Magistratura democratica di fronte alla riforma del 2015, v. M. Nisticò, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in *Rivista AIC-Osservatorio costituzionale*, maggio 2015, p. 14, nt. 47. Per la ricostruzione storica delle posizioni della magistratura associata e di suoi correnti nel dibattito politico sulla responsabilità dei giudici v. A. Giuliani, N. Picardi, op. cit., pp. 170 ss. e pp. 207-211.

⁵⁴ Si condivide, in questo senso, l'autorevole insegnamento di C. Mezzanotte, op. cit., pp. 3 ss., spec. pp. 13-14.

Divengono, allora, essenziali ed in questo senso (materialmente) costituzionali le regole procedurali tese alla creazione di uniformità interpretativa ⁵⁵ e, al contempo, fondamentale la discriminazione tra l'erronea applicazione del diritto originata da ignoranza del medesimo e degli orientamenti giurisprudenziali a questo relativi dal mero fisiologico disaccordo tra giudici di gradi o ambiti territoriali diversi in ordine alla corretta interpretazione.

Il discrimine in questione è, peraltro, sottile. E va riguardato con estrema attenzione, dovendosi preservare l'autonomia interpretativa dell'organo giudicante anche laddove questa conduca a soluzioni non conformi agli orientamenti tradizionali o prevalenti. Ma è un discrimine essenziale ad evitare che la indipendenza, da principio strumentale alla terzietà del giudice ed alla sua funzione di garante imparziale dei diritti, si risolva nella irresponsabilità pur in caso di *ignorantia iuris* o nella perdita assoluta, in ottica di eccessivo soggettivismo interpretativo, del minimo di uniformità del sistema, in ambo i casi con perdita di legittimazione sostanziale della giurisdizione.

Il pluralismo interpretativo, discendente dal pluralismo culturale, sociale e valoriale, deve allora essere riguardato e preservato nella sua dinamica di processo progressivo e collettivo di definizione di un diritto uniforme ragionevole ⁵⁶. Di processo di temporanea e transitoria unificazione dell'ordinamento giuridico, in un contesto nel quale l'unità di senso del sistema non può mai essere intesa quale dato ontologico preesistente. Processo questo che, nelle dinamiche attuali raggiunte dall'integrazione dell'ordinamento eurounitario e dal rilievo costituzionale assunto dalla tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, presenta a sua volta carattere plurale e orizzontale e non si svolge più (solo) secondo la tradizionale dinamica gerarchico-lineare.

Il bilanciamento tra indipendenza e responsabilità, in questa prospettiva, va ricercato al fine di salvaguardare il minimo di certezza del diritto compatibile con il pluralismo del sistema.

È in quest'ottica, allora, che va analizzata la disciplina derivata dalla interpolazione della legge n. 117/88 operata dalla legge n. 18/2015.

4. Dalla legge 117/88 alla legge 18/2015

La legge 117/88, c.d. legge Vassalli (dal nome del ministro proponente) costituì la contestata attuazione della volontà referendaria espressasi, a larghissima maggioranza (circa l'80%), per l'abrogazione degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., l'8 ed il 9 novembre 1987.

Il modello di responsabilità discendente da questa legge non fu, infatti, (come preteso dai proponenti il referendum) nel senso della estensione alla colpa grave della responsabilità diretta dei giudici e dello Stato anteriormente prevista e nemmeno nel riconoscimento di una responsabilità dello Stato per errori non riconducibili ad un rimprovero soggettivo dell'organo giudiziario (come "suggerito" dalla sentenza n. 2 del 1968 della Corte costituzionale, come proposto da larga parte della dottrina e come una parte, in vero, affatto minoritaria della

⁵⁵ V. art. 111 Cost., art. 374 c.p.c., art. 99 c.p.a., art. 1, comma 7, del d.l. n. 453/1993 (come novellato dalla legge n. 69/2009).

⁵⁶ Cfr. nella sua prospettiva storica e anticonvenzionale P. Grossi, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 43 ss..

giurisprudenza aveva cominciato a riconoscere ⁵⁷), ma nel senso di una responsabilità diretta del solo Stato, per i casi di colpa grave, salvo rivalsa (obbligatoria) sul magistrato (entro modesti limiti quantitativi).

L'azione diretta residuò, di contro, solo nelle tradizionali ipotesi di dolo, essenzialmente coincidenti con la commissione di un reato (quantomeno di abuso di ufficio ⁵⁸) da parte del magistrato. Che in tale caso, come già nel regime previgente, rispondeva senza limiti dei danni cagionati sia nei confronti del danneggiato sia, in sede di regresso, nei confronti dello Stato.

Più nel dettaglio l'articolata disciplina risultante dalla legge Vassalli e dalla giurisprudenza di legittimità su di essa formatasi prevedeva il seguente regime.

Laddove il fatto non costituisse reato:

- i. la responsabilità era diretta dello Stato, in persona del Presidente del Consiglio dei ministri (art. 4), per l'operato di un suo organo;
- ii. la responsabilità dello Stato presupponeva l'illecito civile del magistrato, con conseguente assoluto parallelismo (art. 2, comma 1);
- iii. l'illecito del magistrato era configurabile in caso di dolo o di colpa grave o di diniego di giustizia;
- iv. la colpa grave era tipizzata (art. 2, comma 3) come: grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, affermazione o negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza o inesistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento, emissione di un provvedimento *de libertate* fuori dai casi consentiti dalla legge o senza motivazione (o meramente apparente);
- v. l'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove non poteva dare luogo a responsabilità (art. 2, comma 2: c.d. clausola di salvaguardia);
- vi. la azione era proponibile solo dopo l'esperimento dei mezzi ordinari di impugnazione o comunque quando una modifica o una revoca non erano più possibili, in caso di atti impugnabili ⁵⁹, e solo dopo l'esaurimento del grado del procedimento nel cui ambito si era verificato il danno, in caso di atti inoppugnabili o per cui non esistevano altri rimedi (art. 4, comma 2);

⁵⁷ Nel senso di riconoscere la responsabilità per atti giudiziari dello Stato a titolo di colpa, ex art. 2043, ed a prescindere dalle limitazioni allora previste per i giudici, v. Trib. Roma, 29 settembre 1982, Giust. civ., 1982, 3138 ss.; Cass. 24 marzo 1982, n. 1879, Foro it., Rep. 1982, voce Responsabilità civile, n. 91.

⁵⁸ Cass. 3 gennaio 2014, n. 41. Nello stesso senso P. Trimarchi, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, Relazione tenuta il 17 aprile 2015 nel convegno su *La responsabilità civile dei magistrati* presso il Palazzo di Giustizia di Milano.

⁵⁹ Intesa quale esaurimento dei giudizi di impugnazione e non già quale mera proposizione degli stessi; cfr. Cass., sez. III, n. 5955/2014.

vii. per la giurisprudenza ⁶⁰ la mancata proposizione della impugnazione, laddove astrattamente idonea a fare valere il vizio denunciato, rendeva inammissibile la domanda risarcitoria ⁶¹;

viii. la azione era soggetta al filtro preventivo di ammissibilità del tribunale competente, avverso la cui decisione di inammissibilità era possibile reclamo in corte di appello e successivo ricorso per Cassazione (art. 5);

ix. il giudice dissenziente poteva fare constatare tale dissenso, in apposito verbale sigillato (art. 16);

x. il giudice interessato poteva, in ogni tempo, fare intervento adesivo dipendente nel giudizio risarcitorio (art. 6);

xi. la azione di rivalsa da parte dello Stato era atto dovuto (art. 8, comma 1), era attivata dopo il risarcimento del danno all'interessato (art. 7), era di competenza (territoriale inderogabile) del tribunale del distretto di corte di appello competente per i procedimenti penali a carico dei magistrati *ex* art. 11 c.p.p. (art. 8, comma 2) ed era quantitativamente limitata ad un terzo dello stipendio annuo del magistrato (art. 8, comma 3).

Laddove, invece, il fatto costituisse reato:

i. la responsabilità era diretta e concorrente sia del magistrato sia dello Stato;

ii. la costituzione di parte civile nel giudizio penale avverso il magistrato o la azione civile proposta dopo la condanna in sede penale non richiedevano un previo filtro, mentre questo era necessario in caso di azione civile proposta prima della definizione del giudizio penale;

iii. al regresso nei confronti del magistrato si procedeva, senza limiti quantitativi, anche secondo la disciplina della responsabilità amministrativa, da parte della Corte dei conti.

Tale disciplina, politicamente molto controversa dacché ritenuta da parte della magistratura lesiva del principio di indipendenza, fu vagliata dalla sent. n. 18/1989 della Corte costituzionale, che la ritenne idonea a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria.

Per la Corte, in particolare, la "limitatezza e tassatività delle fattispecie in cui è ipotizzabile una colpa grave del giudice, rapportate a negligenza inescusabile in ordine a violazioni di legge o accertamenti di fatto, ovvero all'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà fuori dei casi consentiti dalla legge o senza motivazione; la specifica e circostanziata delimitazione della responsabilità per diniego di giustizia, non consentono di ritenere che esse siano idonee a turbare la serenità e l'imparzialità del giudizio".

La stessa sentenza considerò il filtro preliminare previsto, quale strumento processuale idoneo a garantire *"adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni manifestamente infondate, che possano turbarne la serenità, impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l'astensione e*

⁶⁰ Cfr. Cass. n. 11438/1999, che parla di interruzione del nesso causale tra provvedimento e danno ingiusto in caso di mancata impugnazione; a sua volta Cass. n. 9288/2005 ritiene che «quando l'azione risarcitoria è fondata sull'adozione di un provvedimento in astratto assoggettabile a un mezzo di gravame a critica limitata e, per il soggetto che si ritenga danneggiato, l'impugnazione non sia in concreto ammissibile, non avendo egli da dolersi del vizio alla cui ricorrenza è condizionato quel tipo di gravame, la domanda nel giudizio di responsabilità non può conseguentemente ritenersi improponibile, poiché l'impugnazione era di fatto preclusa dalla legge e, quindi, "non prevista" o "non più possibile" secondo il disposto dell'art. 4; il giudizio di responsabilità potrà, quindi, essere correttamente instaurato entro i termini di cui all'art. 4, comma 2, della legge n. 117 del 1988, decorrenti dalla data di "esaurimento del grado del procedimento" ove il fatto si è verificato».

⁶¹ Cfr. F. Verde, *La responsabilità del magistrato*, Bari, Cacucci, 2015, pp. 133-140.

la *ricusazione*”. Mentre la successiva sentenza n. 468 del 1990 dichiarò l’incostituzionalità dell’art. 19, comma 2, della legge Vassalli nella parte in cui, nei giudizi aventi ad oggetto fatti anteriori al 16 aprile 1988 (data di entrata in vigore della legge stessa) ma successivi al 7 aprile dello stesso anno (data dell’abrogazione della disciplina codicistica) non prevedeva che il tribunale competente verificasse, con rito camerale, la non manifesta infondatezza della domanda. Con sostanziale “costituzionalizzazione” del filtro a garanzia della indipendenza e autonomia della funzione giurisdizionale.

L’applicazione concreta di tale disciplina è stata, come noto, del tutto marginale e modesta e, per lo più limitata, al settore della giustizia penale ⁶².

La giurisprudenza ha finito per ricondurre quasi ogni fattispecie alla c.d. clausola di salvaguardia, secondo cui non può dar luogo a responsabilità l’attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove, ritenendo ipotizzabile una grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile nell’esercizio delle funzioni giudiziarie, solo quando “nel corso dell’attività giurisdizionale si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l’adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell’interpretazione nel diritto libero ⁶³”. Mentre è stata ricondotta nell’area di esenzione di cui alla clausola di salvaguardia qualsiasi “lettura della legge secondo uno dei significati possibili, sia pure il meno probabile e convincente, quando dell’opzione interpretativa seguita si dia conto e ragione nella motivazione ⁶⁴”.

La Cassazione ha ritenuto rientrante nella clausola di salvaguardia anche il motivato dissenso dall’indirizzo delle Sezioni unite “ove - come nella specie - motivato in diritto pur senza l’opportuno richiamo alle pronunzie disattese” in quanto “comunque espressione dell’attività di interpretazione delle norme riservata al magistrato ⁶⁵. Ed ha ritenuto ancor meno configurabile “una responsabilità da dissenso quando dallo stesso cennato indirizzo si sono discostati pronunziati a sezioni semplici di questa Corte Suprema”.

Nella medesima prospettiva ermeneutica, la Cassazione ha identificato la colpa grave con l’errore revocatorio ⁶⁶. E sempre la Suprema Corte ha escluso che l’azione di responsabilità del magistrato per grave violazione di legge possa costituire uno strumento per riaprire il dibattito sulla correttezza o meno dell’interpretazione adottata nel provvedimento posto a base della domanda respinta dal magistrato della cui responsabilità si discorre, “in particolar modo quando il giudicante sia la Corte di cassazione, giudice di ultima istanza ⁶⁷”.

È evidente, in queste posizioni, sia l’attenzione (giudicata da larga parte della dottrina corporativa ed eccessiva ⁶⁸) a proteggere l’indipendenza funzionale, intesa quale libero

⁶² Cfr. G. Campanelli, *Lo “scudo” giurisprudenziale quale principale fattore della “inapplicabilità” della legge sulla responsabilità civile dei magistrati o quale perdurante sistema di tutela dell’autonomia e dell’indipendenza dei giudici?*, in *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, a cura di Id., Pisa, Pisa University Press, 2013, pp. 54 ss.

⁶³ *Ex multis* v. Cass. sez. III, nn. 7272/2008 e 11593/2011.

⁶⁴ Cass. sez. I, n. 11859/2001.

⁶⁵ Cass. sez. I, n. 8260/1999.

⁶⁶ Cass. sez. I, n. 12357/1999.

⁶⁷ Cass. sez. III, n. 2637/2013. Dal che discende(va) una sostanziale irresponsabilità della supreme magistrature.

⁶⁸ Cfr. V. Roppo, op. cit., p. 355.

convincimento nell'interpretazione delle norme e nella valutazione delle prove e dei fatti, riducendo l'area di responsabilità all'errore percettivo (con esclusione di quello valutativo) del materiale normativo o fattuale, sia la volontà di evitare che il giudizio di responsabilità si risolva in un anomalo ed asistemico processo al processo.

In parziale contraddizione, peraltro, con questa seconda preoccupazione si pone l'orientamento sempre seguito dalla Cassazione in tema di proponibilità dell'azione risarcitoria, laddove, discostandosi da autorevole dottrina processualistica ⁶⁹, ha ritenuto che per i provvedimenti cautelari il termine biennale di decadenza decorra dal momento in cui siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione e non dall'esaurimento del grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il danno ⁷⁰. In questo senso il provvedimento cautelare, pur essendo sempre revocabile nel corso del giudizio, finisce per essere reso autonomo dall'accertamento principale cui esso accede, con la conseguenza che il giudizio sulla responsabilità per la sua emissione può divenire parallelo e concorrente al giudizio di merito. La questione, come vedremo nel paragrafo successivo, eccede il tema processuale della decorrenza del termine di proponibilità, venendo ad incidere sulla misura stessa della responsabilità dei giudici di merito. Ma non è implausibile considerare tale orientamento giurisprudenziale più originato da una lettura protettiva (avendo esso originato numerose improcedibilità per intervenuta decadenza) che una posizione univoca. Ed è da vedere se esso sarà confermato anche nel nuovo quadro disciplinare, nel quale le ipotesi di responsabilità (dello Stato) sono decisamente aumentate.

Il complessivo assetto della giurisprudenza è stato oggetto di diffuse critiche in dottrina, ritenendosi complessivamente inadeguato un modello di responsabilità ridotto, in sostanza, ai casi di abnormità e di dolo. Come aspre critiche ha ricevuto l'utilizzo del filtro preliminare quale sindacato di pieno merito, da cui è derivata la declaratoria di inammissibilità di oltre il 90% delle domande proposte ⁷¹.

Non si è potuto non rilevare il paradossale, ma sostanziale regresso derivante da tale disciplina rispetto all'indirizzo (minoritario, ma autorevolmente supportato dalla sent. n. 2/1968 della Corte costituzionale), che aveva cominciato ad ammettere una responsabilità per colpa grave (non del giudice ma) dello Stato ⁷².

⁶⁹ Per la necessità di attendere l'emanazione della sentenza a cognizione piena dichiarativa dell'esistenza o dell'inesistenza del diritto cui si riferiva la misura cautelare concessa, v. A. Proto Pisani, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, 1988, V, pp. 409 ss., spec. pp. 413-420.

⁷⁰ Cass. sez. I, n. 18329/2002.

⁷¹ Critico avverso il filtro, non in quanto tale, ma per l'utilizzo fattone in concreto dalla giurisprudenza, è N. Zanon, *La responsabilità dei giudici*, in AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., pp. 218 ss. Ritiene, invece, affatto irrilevante il filtro ai fini del mancato riconoscimento dei risarcimenti, P. Trimarchi, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, cit., in base al (condivisibile) rilievo che le medesime azioni sarebbero state comunque respinte nel merito. Nello stesso senso, G. Scarselli, *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 327. L'opinione dominante in dottrina era, peraltro, nel senso della "responsabilità" del filtro quale limite alla tutela degli interessati: cfr. F. Biondi, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 18 del 2015*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2015, p. 173.

⁷² Segnalano tale arretramento della tutela, G. Giacobbe, M. Nardoza, *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 101, e A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, cit., p. 10, spec. nt. 42.

Sono state avanzate soluzioni ermeneutiche tese a ridurre l'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione della normativa ⁷³ o a ridurre l'ambito applicativo della clausola di salvaguardia, riconducendo alla colpa grave l'erronea applicazione delle regole normative sull'interpretazione ⁷⁴.

Sono state proposte varie riforme della normativa, che non hanno mai superato i vari passaggi parlamentari. Fino a quando, occasionata dalla posizione assunta dalla Corte di giustizia, il legislatore non ha colto l'occasione, con la legge n. 18/2015, di una complessiva riforma della materia.

Occasione di tal intervento riformatore, come detto, è stata giurisprudenza eurounitaria.

La Corte di giustizia, sulla scia delle sentenze *Francoovich*, *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame* in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario, prima con la sentenza *Köbler* ⁷⁵ del 2003 poi con le sentenze *Traghetti del Mediterraneo* ⁷⁶ del 2006 e *Commissione c. Italia* ⁷⁷ del 2011 ha affermato il contrasto con il diritto europeo di ogni limitazione della responsabilità dello Stato per l'esercizio della funzione giurisdizionale a requisiti più stringenti della violazione manifesta del diritto eurounitario.

In questa caratterizzazione della violazione quale manifesta (requisito più stringente della violazione sufficientemente caratterizzata, di cui rispondono lo Stato amministrazione e lo Stato legislatore) è evidente l'attenzione della Corte alla peculiarità e delicatezza della funzione giudiziale. Ma è del pari evidente la distanza tra il modello perseguito dalla Corte, al fine di realizzare (ad ogni costo) la *primauté* e la uniformità dell'ordinamento eurounitario, rispetto alle logiche nazionali, tutte legate ad una tradizione di protezione più intensa della *iurisdictio*.

In particolare, con la sentenza *Köbler* del 2003, la Corte ha specificato che i criteri per il concretizzarsi di una violazione manifesta del diritto sono: la chiarezza e la precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o meno dell'errore di diritto, la posizione eventualmente fatta propria da un'istituzione comunitaria, nonché la mancata osservanza dell'obbligo previsto dall'art. 234 TCE (cioè l'obbligo di rinvio pregiudiziale). Ed ha altresì precisato, all'evidente fine di munire di cogenza i suoi precedenti, che il carattere manifesto della violazione si può desumere dalla circostanza che la decisione ignori manifestamente la giurisprudenza comunitaria in materia.

⁷³ Secondo F. P. Luiso, *L'attività interpretativa del magistrato e la clausola di salvaguardia*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 730 ss., Id., *La responsabilità civile del magistrato secondo la legge 13 aprile 1988 n. 117*, in AA. VV., *La responsabilità dei magistrati*, a cura di M. Volpi, Napoli, Jovene, 2009, pp. 184 ss., (come già per F. Carnelutti) si dovrebbe riconoscere la responsabilità del giudice per *errores in procedendo*, lasciando la esenzione solo per gli *errores in iudicando* e questa "immunità" non dovrebbe riguardare né il pubblico ministero né la volontaria giurisdizione né ad alcune delle attività esecutive o ascrivibili all'area delle procedure concorsuali.

⁷⁴ F. Verde, op. cit., pp. 103 ss., spec. pp. 117-123.

⁷⁵ Corte di Giustizia UE, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01; *Köbler contro Repubblica d'Austria*. Tra i numerosissimi commenti, si segnala quello di G. Alpa, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, fasc. 1, pp. 169 ss., che contesta in radice l'indirizzo della Corte.

⁷⁶ Corte di Giustizia UE, sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo Spa contro Repubblica italiana*. Tra i numerosissimi commenti si segnala quello di v. F. Biondi, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 19/06/2006.

⁷⁷ Con la sentenza *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-379/10 del 24 novembre 2011. Tra i numerosissimi commenti si segnala quello di A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, cit., pp. 1 ss..

Nella medesima sentenza la Corte ha respinto i due (tradizionali) argomenti spesi dalla Repubblica austriaca, in merito alla incompatibilità di una tale responsabilità con l'autorità di cosa giudicata della sentenza di ultimo grado (*res iudicata facit ius*) e con il principio di indipendenza del giudice.

La Corte, al riguardo, sostiene che l'azione di risarcimento non interferirebbe sul giudicato né sul piano sostanziale né su quello processuale e che l'estensione della responsabilità a tutti i casi di violazione manifesta del diritto non potesse incidere sulla indipendenza del giudice, essendo in questione la sola responsabilità dello Stato e non già quella dell'organo giudicante⁷⁸.

Con la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* del 2006, richiamando esplicitamente la sentenza *Köbler* ed applicandone i principi al caso italiano, la Corte ha affermato che la c.d. clausola di salvaguardia prevista dalla legge n. 117 del 1988 non è compatibile con il diritto europeo, in quanto, «da un lato l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale poiché, qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice ... dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti ... al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta» e «dall'altro lato, non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa, appunto, nell'esercizio di una tale attività interpretativa».

Con la sentenza *Commissione c. Italia* del 2011, infine, preso atto dell'inerzia del legislatore nazionale, la Corte di giustizia ha statuito che «il diritto dell'Unione osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulti da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale», così censurando l'art. 2, comma 2, della legge n. 117 del 1988, proprio perché «dall'esplicito tenore di quest'ultima disposizione emerge che [la] responsabilità resta esclusa, in via generale, nell'ambito dell'interpretazione del diritto e della valutazione dei fatti e delle prove».

Con queste decisioni, in definitiva, la Corte di Lussemburgo, in nome della *primauté* e dell'effettività del diritto eurounitario, ha sanzionato sia l'*error in procedendo* del mancato rinvio pregiudiziale sia l'*error in iudicando* della manifesta violazione del diritto eurounitario da parte delle Supreme corti nazionali. Ponendosi in continuità con l'indirizzo che in nome dell'esigenza «di salvaguardare l'integrità del sistema giudiziario dell'Unione e, in particolare, lo strumento del rinvio pregiudiziale, concepito come strumento di raccordo fra sistema procedurale nazionale e sistema procedurale europeo» la aveva portata a mettere in discussione, in taluni casi⁷⁹, lo stesso giudicato nazionale, laddove idoneo ad impedire il pieno dispiegarsi del valore unificante dell'ordinamento eurounitario⁸⁰.

⁷⁸ *Contra*, G. Alpa, loc. op.cit.

⁷⁹ Sulle sentenze della CGUE *Lucchini*, *Olimpiclub*, *Kempter*, *Kubne & Heitz NV* v. C. Di Seri, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 2835 ss. Sulle sentenze *Elchinov* ed *Interedil* si v. E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3/2013, pp. 659 ss.

⁸⁰ Cfr. E. Cannizzaro, op. cit., pp. 674-676. Per una approfondita ed estremamente interessante analisi del rapporto tra giudicato e decisioni delle Corti sovranazionali, v. R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Atti del XXVII Congresso nazionale*

Ma rinviando al sesto paragrafo un approfondimento sul tema, resta da rilevare che la ottemperanza alla sentenza *Commissione c. Italia* ha finito per imporre una rivisitazione complessiva della disciplina interna.

Concepita quale sanzione per la mancata cooperazione delle (supreme) giurisdizioni nazionali e quale strumento per assicurare l'effettività e l'uniformità dell'ordinamento eurounitario da parte degli Stati membri, il concetto di violazione manifesta del diritto è palesemente incompatibile con la tutela dell'indipendenza funzionale dei giudici (quantomeno in relazione al diritto interno, nel quale non sussiste un monopolio interpretativo quale quello della Corte di giustizia in relazione al diritto eurounitario, ma sussiste anzi la piena autonomia interpretativa ex art. 101, comma 2, Cost.)⁸¹. Applicando a questi una responsabilità così concepita ne deriverebbe, infatti, una potenziale coincidenza tra riforma della decisione e sanzione dell'organo giudiziario inferiore, con assoluta compressione non solo della autonomia interpretativa, ma altresì della serenità minima per lo svolgimento della funzione.

Ne discende che dall'attuazione dei principi derivanti dalla giurisprudenza comunitaria non poteva che derivare la rottura del parallelismo proprio della legge Vassalli e, pertanto, lo sdoppiamento della tematica nella responsabilità dello Stato da attività giudiziaria e nella responsabilità civile del giudice, legate, a questo punto, a presupposti in parte diversi, con inevitabile ricaduta sulla funzione delle responsabilità medesime.

La questione sarebbe rimasta "confinata" alle violazioni del diritto eurounitario, laddove il legislatore avesse seguito l'indirizzo giurisprudenziale⁸² e dottrinario, di introdurre una specifica responsabilità dello Stato solo per tale ipotesi⁸³. Ma la obiettiva incompatibilità di una tale soluzione con il principio di uguaglianza e la sua contraddizione con la tutela dei diritti (fondamentali o meno) privi di copertura eurounitaria ha imposto il più complessivo intervento riformatore recato dalla legge n. 18/2015⁸⁴.

Le novità fondamentali della nuova disciplina sono costituite, oltre che dall'abbandono del principio del "parallelismo" della responsabilità dello Stato rispetto a quella dei magistrati, dalla soppressione del filtro di ammissibilità⁸⁵ e dalla ridefinizione delle ipotesi di colpa grave e del rapporto tra questa e la clausola di salvaguardia⁸⁶.

Con la nuova disciplina, la clausola di salvaguardia non opera più in caso (di dolo, ma la questione è irrilevante, coincidendo questo con la commissione di un reato, ma neppure in caso) di colpa grave. Quest'ultima viene poi ad identificarsi, in coerenza (quasi letterale) con la giurisprudenza eurounitaria, con la violazione manifesta del diritto (statale o dell'Unione

dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, «Corti europee e giudici nazionali», Verona, 25-26 Settembre 2009, Bologna, 2011, pp. 239 ss..

⁸¹ Così F. Biondi, *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, in *Rivista AIC*, 1/2012, p. 13.

⁸² Cass. nn. 2560/2012 e 2637/2013.

⁸³ In questo senso E. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, IV, pp. 420 ss., id., *Le nuove fattispecie di "colpa grave"*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 323-324.

⁸⁴ Cfr., ex multis, R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 346 ss.. Nello stesso senso si erano pronunciati, tra gli altri, ante riforma, M. Luciani, op. cit., p. 21, e A. Pace, ult. op. cit., p. 6.

⁸⁵ Su cui v. G. Scarselli, *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati*, cit., p. 328.

⁸⁶ Ulteriori modifiche hanno riguardato la estensione della risarcibilità al danno non patrimoniale, la estensione del termine di decadenza per la proponibilità della azione (passato a tre anni), la misura della rivalsa (passata alla metà dello stipendio annuo), la previsione del controllo della Corte dei conti sul mancato regresso in caso di dolo, la previsione (alquanto criptica) che è fatta salva la competenza della Corte dei conti in caso di manifesta violazione della legge (su questo, v. *infra* nel testo).

europea), il travisamento del fatto o delle prove, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento, o ancora la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento. Cui si aggiunge l'emissione di un provvedimento (non più *de libertate*, ma più genericamente) cautelare personale o reale fuori dai casi previsti dalla legge o senza motivazione (che sembra consentirne la estensione anche al di là della materia penale).

Ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta del diritto si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea ⁸⁷.

La differenza più significativa rispetto alla disciplina originaria è rappresentata dall'eliminazione del riferimento alla negligenza inescusabile.

La dimensione soggettiva della colpa non è quindi più necessaria per fondare la responsabilità dello Stato, mentre rimane, invece, insieme al dolo, condizione ai fini dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato.

La rivalsa, peraltro, è espressamente prevista, come obbligatoria, nei (soli) casi di violazione manifesta della legge o del diritto dell'Unione europea e di travisamento del fatto o delle prove. Nulla è invece previsto in ordine alla rivalsa nei casi di errore revocatorio e di emissione di provvedimento cautelare.

Il che apre l'alternativa tra ritenere tali ipotesi escluse dalla rivalsa, venendo quindi sanzionate solo in caso di dolo del giudice, ritenerle soggette ad una possibile rivalsa facoltativa, di dubbia compatibilità costituzionale, oppure ancora (come si sostiene da parte della dottrina ⁸⁸) rimesse alla giurisdizione contabile in sede di giudizio di responsabilità amministrativa.

Il punto, di notevole importanza teorica e pratica, sarà ripreso nel paragrafo successivo, ma va immediatamente rimarcato che la differenziazione tra le ipotesi di responsabilità dello Stato e del giudice, vale a rendere riferibile la precedente giurisprudenza a questa sola seconda ipotesi. Essendo invece tutto da verificare l'ambito d'incidenza della responsabilità "oggettiva" dello Stato per attività giudiziaria, scollegata dal rimprovero soggettivo all'organo giudicante e di risulta il costo sistemico della nuova disciplina.

Nuova e potenzialmente molto problematica è, poi, la nozione di travisamento del fatto e delle prove, che costituisce anch'essa ipotesi di colpa grave e che rileva anche ai fini della rivalsa. Nozione questa che oscilla tra il già previsto errore revocatorio e l'errore valutativo. Ed in tale seconda accezione può costituire una notevolissima estensione della precedente area di responsabilità. Anche su questo ci soffermeremo, pertanto, nel paragrafo che segue.

⁸⁷ Cfr. R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva*, cit., p. 350.

⁸⁸ In questo senso G. D'Auria, «L'altra responsabilità» dei magistrati, in *Foro it*, 2015, V, pp. 340 ss.

Sul piano processuale, infine, si è identificata la principale novità nella soppressione del filtro di ammissibilità. Si è ricordato che al filtro la giurisprudenza dalla Corte costituzionale aveva riconosciuto, in più occasioni (sentt. nn. 18/1989 e 468/1990), “rilievo costituzionale”.

In ordine al tale soppressione è aperto un ampio dibattito e, nel primo anno di vigenza della legge 18/2015, sono già state proposte quattro questioni incidentali di costituzionalità, che attendono il giudizio della Corte ⁸⁹.

Al riguardo tale soppressione appare irrazionale e sommamente inopportuna, ma non sembra contrastare né con la indipendenza del potere giudiziario, posto che non determina di per sé né la incompatibilità/ricusabilità del giudice né un automatismo tra azione civile e azione disciplinare (essendo questa valutazione rimessa alla Procura generale della Cassazione non diversamente che in caso di un esposto presentato in relazione ai medesimi fatti) né con i diritti di difesa del giudice, rispetto al quale il giudizio attivato non produce effetto, ma unicamente legittima, *ex post* l'azione di rivalsa e nemmeno in ogni caso, stante la diversità di presupposti (in specie la necessità della negligenza inescusabile) nei casi di rivalsa obbligatoria e stante la opinabilità della rivalsa negli altri casi.

5. La responsabilità dei magistrati

Così ricostruite ragione e contenuto della nuova disciplina, evidenziata la dualità tra la tematica della responsabilità dello Stato e di quella dei magistrati che ne è derivata, è ora necessario analizzare l'effettivo ambito di quest'ultima. Ed in tale analisi, per acclararne l'incidenza, è necessario partire da una verifica concreta della operatività della regola della responsabilità.

La responsabilità del magistrato trova oggi la sua disciplina nel combinato disposto degli artt. 2, 4, 7 e 13 della legge n. 117/88, come novellata dalla legge n. 18/2015.

Da tali disposizioni risulta che essi sono esposti all'azione diretta del danneggiato (o al regresso dello Stato) in caso di reato, mentre sono soggetti all'obbligatoria rivalsa dello Stato in caso di diniego di giustizia, di violazione manifesta di legge o del diritto dell'Unione europea ovvero di travisamento del fatto o delle prove, determinati da dolo o negligenza inescusabile.

Confrontato con regime precedente risultano, pertanto, alcune sostanziali differenze.

L'errore interpretativo delle norme, anzitutto, è espressamente ricompreso nella colpa grave, laddove inescusabile, non operando più al riguardo la c.d. clausola di salvaguardia.

A ben riflettere, però, la giurisprudenza aveva già incluso le interpretazioni aberranti nell'area della responsabilità, nonostante la clausola di salvaguardia, ritenendo queste (e solo queste) letture aberranti frutto di negligenza inescusabile. La differenza tra vecchia e nuova disciplina sembra quindi non tanto sostanziarsi nello svuotamento della clausola di salvaguardia, destinato semmai ad operare nella diversa responsabilità oggettiva dello Stato per violazione

⁸⁹ Nel senso della incostituzionalità della soppressione del filtro: v. tra gli altri G. Amoroso, *Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità e dell'azione risarcitoria*, in *Questione Giustizia*, 3/2015, p. 184. In senso opposto, tra gli altri, V. Vigoriti, *La responsabilità del giudice: timori esagerati, entusiasmi eccessivi*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 290-291; C. M. Barone, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché inesistente) applicazione*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 298.

manifesta del diritto, quanto nella esemplificazione dei casi di colpa grave che il legislatore ha tratto dalla giurisprudenza comunitaria.

In particolare risulta rilevante la espressa qualificazione in termini di violazione manifesta del diritto del mancato rinvio pregiudiziale e del contrasto dell'atto con la interpretazione della Corte di giustizia (che ha competenza riservata).

Se il contrasto o, più propriamente, la divergenza interpretativa dalla giurisprudenza eurounitaria sembra potere assumere i tratti di negligenza inescusabile solo laddove affatto immotivata o in caso di assoluta chiarezza ed univocità dell'indirizzo contrastato, più automatico sembra il possibile rimprovero verso l'organo giudiziario nazionale di ultima istanza, allorché si sottragga all'obbligo di rinvio pregiudiziale.

Tale violazione, eminentemente processuale e ridondante sul raccordo tra sistema procedurale nazionale ed europeo, presenta, in effetti, assoluta oggettività. E se è pur vero che anche la decisione sul rinvio pregiudiziale include una questione interpretativa preliminare in base ai criteri stabiliti dalla sentenza *Cilfit*⁹⁰, sembra però difficile negare la responsabilità in caso di un mancato rinvio fondato sulla "teoria dell'atto chiaro" ovvero sull'asserita chiarezza della disciplina eurounitaria tale da non lasciar spazio ad alcun ragionevole dubbio, laddove tale "chiara" ed univoca interpretazione risulti invece in contrasto con la giurisprudenza comunitaria.

Il punto è, ovviamente, delicato, incidendo direttamente sull'indipendenza del giudice nella sua accezione ora dominante. Ma sembra difficilmente superabile il rilievo che la mancata cooperazione con la Corte di giustizia giustificata in nome di un'insussistente univocità ermeneutica sia qualificabile quale negligenza inescusabile, specie laddove tale *quaestio iuris* abbia costituito oggetto di allegazione e contraddittorio tra le parti.

La questione sembra, poi, difficilmente confinabile alla sola violazione manifesta del diritto eurounitario. Le medesime, condivisibili, ragioni che hanno indotto la dottrina dominante ed il legislatore a ritenere inevitabile la estensione dei principi di *Commissione c. Italia*, ora positivizzati nell'art. 2, comma 3-*bis*, della legge n. 117/88, anche alla violazione del diritto interno depongono, infatti, nel senso di proiettare la medesima logica nelle regole procedurali nazionali.

Ci si riferisce, in specie, all'obbligatoria rimessione alle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione (art. 374 c.p.c.), all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (art. 99 c.p.a.) e alle Sezioni riunite della Corte dei conti (art. 1, comma 7, del d.l. n. 453/1993) da parte della sezione semplice che ritenga di non condividere il principio di diritto da queste enunciato, introdotte, rispettivamente, dal d.lgs. n. 40/2006, dal d.lgs. n. 104/2010 e dalla legge n. 69/2009.

Tali regole, finalizzate a (cercare di) ricomporre l'unità dell'ordinamento giuridico e restituire alle supreme magistrature una funzione nomofilattica, nei rispettivi ambiti di competenza⁹¹, non lasciano all'interprete un margine di apprezzamento, vincolandolo, alternativamente, a conformarsi al principio o a sottomettere all'organo deputato alla

⁹⁰ Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81.

⁹¹ Cfr. G. Arieta, F. De Santis, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 2013, p. 563. Conf. v. M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2006, p. 773.

individuazione/affermazione del “diritto vivente” la propria argomentata tesi dissenziente, al fine di una rimeditazione dell’orientamento raggiunto.

E se costituisce manifesta violazione del diritto il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sembra difficile sostenere, nonostante l’art. 2, comma 3-*bis* della legge n. 117/88 riguardi espressamente solo il caso del diritto dell’Unione europea, che lo stesso non si abbia in caso di mancata remissione alle Sezioni unite, alla Plenaria o alle Sezioni riunite.

E sembra, del pari, difficile negarsi che la sottrazione ad un siffatto obbligo sia qualificabile quale negligenza inescusabile, tale dovendosi ritenere sia la ignoranza di un orientamento espresso da tali organi da parte delle sezioni semplici sia (ed a maggiore ragione) l’ignoranza o la elusione della univoca regola processuale, che prescrive, alternativamente di conformarsi o rimettere la questione.

Sull’incidenza della regola della responsabilità sulla cooperazione tra le Corti nell’opera di “unificazione” dell’ordinamento e sulla sua compatibilità con i principi costituzionali ci si soffermerà alla fine del presente paragrafo, ma va qui subito rimarcato che una tale regola vincola (vedremo, non paradossalmente) più le Corti superiori che i giudici di prime cure o di merito, incidendo quindi più che sul libero convincimento del magistrato, in quanto tale, sui rapporti interni tra gli organi giudiziari.

Ulteriore novità della riforma, come rilevato, è la introduzione, quale ulteriore ipotesi di colpa grave, del travisamento del fatto e delle prove.

Si tratta di nozioni incerte, che si prestano a differenti interpretazioni, essendo utilizzate dalla giurisprudenza e dal legislatore in diverse prospettive e a diversi fini ⁹².

La giurisprudenza civile identifica il travisamento del fatto nell’errore percettivo e revocatorio ⁹³, ed identificava il travisamento delle prove nella mancata motivazione su un punto decisivo oggetto di discussione. Il primo quale presupposto della revocazione *ex art.* 395, comma 4, c.p.c., il secondo ai fini del ricorso per cassazione *ex art.* 360, n. 5, c.p.c., anteriormente alla novella recata dal d.l. n. 83/2012, che ha eliminato tale motivo di ricorso, sostituendolo con la diversa e ben più limitata ipotesi dell’omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

L’errore revocatorio quale affermazione o negazione di un fatto incontrovertibilmente contrastante con gli atti del giudizio, costituisce però autonoma ipotesi di colpa grave, ai sensi della legge n. 117/88. Il che rende non agevole l’utilizzo della categoria civilistica.

Quanto all’errore valutativo del materiale probatorio, appare tuttavia chiaro che risolvere in questo senso l’interpretazione del travisamento delle prove varrebbe a dilatare in modo

⁹² Cfr. A. Macchia, *Riflessioni a margine della “clausola di salvaguardia” in tema di responsabilità civile dei magistrati, alla luce delle novelle introdotte dalla legge n. 18 del 2015, e dei riflessi di tipo costituzionale e convenzionale*, in www.associazionemagistrati.it; E. Scoditti, *La nuova fattispecie di «colpa grave»*, cit., pp. 323-326; F. Verde, op. cit., pp. 82-91; F. Biondi, ult. op. cit., pp. 165 ss.. Il Consiglio superiore della magistratura nel *Parere, ai sensi dell’art. 10 legge n. 195/58, sul Disegno di legge concernente: “Riforma della disciplina riguardante la responsabilità civile dei magistrati”* (Delibera del 29 ottobre 2014) afferma che «Appare quindi indispensabile uno sforzo del legislatore volto a precisare, anche per evitare un aumento esponenziale e tuttavia inutile del contenzioso, che il travisamento debba essere espressamente qualificato come inescusabile o comunque come “palese” o “evidente” o “macroscopico”, e debba quindi consistere in un errore di percezione o in una mera svista materiale che abbia indotto il giudice a supporre l’esistenza di un fatto la cui verità era esclusa in modo incontrovertibile, oppure a considerare inesistente un fatto accertato in modo parimenti indiscutibile alla stregua degli atti e dei documenti di causa».

⁹³ *Ex multis*: Cass. S.U. n. 13181/2013.

irragionevole l'area della responsabilità (anzitutto dello Stato, che risponderebbe anche al di là dei casi di negligenza inescusabile, presupposto della responsabilità del magistrato). Si avrebbe altresì assoluta contraddizione tra la eliminazione del relativo motivo, quale possibile ricorso per Cassazione, e la previsione di una responsabilità risarcitoria (dello Stato ed in caso di negligenza inescusabile dei giudici di merito) nella medesima ipotesi.

La giurisprudenza penale, a sua volta, (dopo la modifica dell'art. 606, comma 1, lett. *e*), c.p.p., di cui alla l. n. 46/2006) ha una nozione alquanto estesa, identificando il travisamento delle prove nella "palese e non controvertibile difformità tra i risultati obbiettivamente derivanti dall'assunzione delle prove e quello che il giudice di merito ne abbia inopinatamente tratto"⁹⁴ e ritenendo il travisamento del fatto quale vizio revocatorio, ai fini del ricorso straordinario *ex* art. 625-*bis* c.p.p..

Anche tale lettura rischia, peraltro, di dilatare in modo eccessivo l'area della responsabilità, laddove nel travisamento non si richieda anche un errore non solo decisivo (che altrimenti non vi sarebbe danno) ma anche manifesto (nel senso delineato dalla CGUE nella sentenza *Köbler*).

Piuttosto sembra utile il richiamo della giurisprudenza disciplinare, che, ai fini dell'applicazione dell'illecito disciplinare introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. *b*) del d.lgs. n. 109/2006 (travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile), ha identificato il travisamento in una condotta negligente, sciatta, superficiale da parte del giudice che lo porta ad una decisione del tutto stravagante rispetto alle risultanze in atti. In particolare, esso «è riferito ad ipotesi nelle quali il giudice ha affermato/negato un fatto falso/vero o ha omesso di valutare un fatto decisivo, assai più raramente quando vi sia stato un, sia pure macroscopico, errore valutativo, escludendo poi la responsabilità ogni qual volta la decisione sia riconducibile ad una possibile, quand'anche opinabile, interpretazione di diritto».

La lettura datane dalla giurisprudenza disciplinare sembra la più aderente, in termini di *ratio*, alla logica della responsabilità civile. Anche considerando lo stretto legame tra le due forme di responsabilità, attestato dall'obbligo di azione disciplinare di cui all'art. 9 della legge n. 117/88 per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento.

Risolvere, d'altronde, il travisamento del fatto e delle prove nel solo errore revocatorio, come la giurisprudenza civile e penale, pare contrastare con la distinta previsione delle due ipotesi da parte della legge Vassalli, come novellata, e contrasterebbe con la giurisprudenza comunitaria⁹⁵. Mentre fare coincidere travisamento con erronea valutazione varrebbe a dilatare l'area della responsabilità al di fuori di ogni senso sistematico e, in riferimento al magistrato, a comprimere del tutto la sua indipendenza funzionale.

In questo ambito sembra allora potere trovare (residua) applicazione la clausola di salvaguardia, di cui all'art. 2 della legge n. 117/88. E, di risulta, sembra potersi ipotizzare che il travisamento vada a identificarsi con le valutazioni abnormi del materiale probatorio⁹⁶.

Si tratta, peraltro, di un aspetto estremamente delicato, su cui è da confidare nell'attenta attività esegetica della Suprema Corte.

⁹⁴ Cass., sez. IV, n. 21602/2007.

⁹⁵ Cfr. E. Scoditti, ult. op. cit., pp. 324-325.

⁹⁶ Così, G. Fiandaca, *Giustizia: cari magistrati, dormite sonni tranquilli*, in *Il Garantista*, 6 marzo 2015.

Al di là di queste (problematiche) ipotesi, per le quali (art. 7) è prevista l'obbligatoria rivalsa da parte dello Stato, restano le ipotesi dell'errore revocatorio e della emissione di un provvedimento cautelare personale e reale fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

Da tale mancata inclusione nell'obbligo di rivalsa sono state fatte derivare tre possibili conseguenze: l'assenza di una responsabilità del magistrato; la facoltatività della rivalsa; l'assoggettamento di tali due casi di colpa grave alla giurisdizione contabile (come nelle ipotesi di reato)⁹⁷.

Per quanto attiene l'errore revocatorio, il tema potrebbe essere diversamente risolto laddove si aderisse a quelle ipotesi interpretative che lo identificano con il travisamento del fatto (per cui opera la rivalsa obbligatoria).

Laddove, tuttavia, non si ritenesse riconducibile (ai fini della rivalsa) l'errore revocatorio al travisamento del fatto e delle prove, il tema emergerebbe in tutta la sua criticità, considerata, da un lato, l'irragionevolezza di una esenzione di responsabilità in una ipotesi (quella dell'errore revocatorio) più grave di quelle sanzionate (quali il travisamento delle prove), dall'altro, la incongruenza sia dell'ipotesi di una rivalsa facoltativa sia dell'ipotesi della competenza della Corte dei conti.

Una rivalsa facoltativa (e quindi potenzialmente discriminatoria) in capo al Presidente del Consiglio dei ministri non può che apparire contrastante con l'indipendenza esterna della magistratura. Ma, a parte questo facile rilievo, va osservato che non essendo ricompreso nella fattispecie di cui all'art. 7 l. n. 117/88, l'errore revocatorio verrebbe a costituire illecito risarcibile alle condizioni di cui all'art. 2 della medesima legge, il che è dire a prescindere da una negligenza inescusabile degli organi giudiziari. E se può ritenersi ammissibile una responsabilità oggettiva dello Stato in caso di errore decisivo quale quello revocatorio, non sembra compatibile con l'ordinamento costituzionale una responsabilità oggettiva del magistrato, che azzererebbe, *in parte qua*, la sua indipendenza interna rispetto al giudice della revocazione.

Nemmeno la configurazione, in una tale ipotesi, della giurisdizione contabile varrebbe, peraltro, a superare tali criticità. Dacché se l'obbligo dell'azione da parte della Procura, potrebbe valere a superare il primo profilo di incompatibilità con la Costituzione, la non equivalenza tra negligenza inescusabile di cui all'art. 7 l. n. 117/88 e colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa lascerebbero aperto il secondo profilo critico.

È peraltro revocabile in dubbio la stessa configurabilità di una giurisdizione contabile, *in parte qua*, difettando un'espressa *interpositio legislatoris* (costituzionalmente necessaria per fondarla).

Il comma 3-*bis* dell'art. 2 della legge n. 117/88, laddove fa salva la giurisdizione contabile, sembra infatti doversi interpretare in relazione alla competenza di cui all'art. 13 della medesima legge, per le ipotesi di regresso in caso di reato. E non già quale generalizzata sussistenza di

⁹⁷ Nel senso della assenza di rivalsa, tra gli altri, F. Verde, op. cit., pp. 185-187; nel senso rivalsa facoltativa da parte del Presidente del Consiglio dei ministri e della concorrente competenza della Corte dei conti, G. D'Auria, op. cit., pp. 343-344; nel senso della dubbia legittimità costituzionale tanto della rivalsa facoltativa quanto della mancanza di rivalsa, R. Romboli, ult. op. cit., p. 351.

una giurisdizione contabile in materia di rivalsa, che porrebbe, difficilmente solubili, questioni di coordinamento procedurale e sostanziale.

Analogo discorso deve farsi in relazione alla colpa grave per emissione di provvedimento cautelare senza base normativa o motivazione.

Tale ipotesi potrebbe, in vero, essere ricondotta agevolmente alla violazione di legge, per ricondurla alla rivalsa obbligatoria. Ma in questo modo, anche qui, si verrebbe a privare di senso la distinzione operata dal legislatore e a privare di alcuna specifica funzione la previsione normativa.

In definitiva, escluso che possano ricondursi queste due ipotesi ad una inammissibile ipotesi di rivalsa facoltativa e che possa ammettersi una espansione *in parte qua* della giurisdizione contabile, sembra doversi concludere nel senso di una diversa alternativa.

Quella tra l'inclusione delle due ipotesi nella rivalsa obbligatoria, che varrebbe a negare valore normativo autonomo alle due previsioni, ma eviterebbe una irragionevole discriminazione. E quella dell'esclusione della responsabilità personale del giudice, ferma la responsabilità dello Stato verso i soggetti danneggiati.

Così identificata (con le sue criticità esegetiche) il contenuto della nuova disciplina, al fine di analizzarne l'esatto impatto sistemico, vanno poi approfonditi alcuni aspetti della sua area di operatività.

Va, al riguardo, nuovamente richiamato l'art. 4, comma 2, della legge n. 117/88 (non modificato dalla legge n. 18/2015), per il quale l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno.

Da tale previsione, oltre che dal richiamato indirizzo giurisprudenziale, che vede nella proposizione dei mezzi d'impugnazione una condizione di ammissibilità dell'azione risarcitoria, deriva che la manifesta violazione dei diritti o il travisamento di fatti o prove intervenuti, come di regola, in provvedimenti impugnabili o finiscono per divenire responsabilità condivisa delle corti chiamate a decidere le impugnazioni (senza emendare i vizi) o, assumendo la macroscopicità di tali vizi, finiscono per essere corretti in queste forme, lasciando alla responsabilità la (ragionevole) funzione di costituire un rimedio per i danni non riparabili con i mezzi di impugnazione.

In particolare, considerando l'ipotesi paradigmatica della sentenza, i vizi di questa verrebbero a risalire verso il massimo organo di legittimità, laddove errori di diritto, o verso il grado di appello (che nel caso della giustizia amministrativa o contabile coincidono), laddove errori di fatto.

L'onere d'impugnazione e di attivazione dei rimedi, a ben vedere, finiscono per rendere configurabile la responsabilità o in riferimento ad errori ripetuti da vari organi (concentrandosi sul giudice di grado superiore che non abbia posto rimedio all'errore della decisione impugnata) o in riferimento a danni discendenti dall'efficacia provvisoria della decisione precedente.

La questione si presenta diversamente a fronte di atti inoppugnabili, non revocabili o modificabili, per i quali la responsabilità resta collegata al solo autore ⁹⁸.

Mentre a parte rimane la criticità dei provvedimenti cautelari, per i quali, in sede civile, il reclamo chiude la fase cautelare di impugnazione senza consentire un ricorso di legittimità, in sede penale si prevede il ricorso per Cassazione ed in sede amministrativa si consente l'appello.

Ragionando sulla modificabilità in ogni tempo dei provvedimenti cautelari, potrebbe sostenersi l'assorbimento dei vizi degli stessi nella decisione di merito del grado di giudizio, dove sono stati emanati, con l'effetto di riportare l'area della responsabilità alla logica sopra descritta.

Questo varrebbe, tra l'altro, ad evitare che il giudizio sulla liceità del provvedimento cautelare possa intervenire in parallelo al merito del giudizio.

Ma è nota la diversa posizione della Cassazione ⁹⁹, che applicando letteralmente l'art. 4, tratta distintamente cautela da merito.

È questa, quindi, l'area dove più facilmente può emergere una responsabilità dei giudici di merito.

Per tale ragione la mancata inclusione nei casi di rivalsa obbligatoria dell'emissione di un provvedimento cautelare senza presupposti, oltre che quale irragionevolezza, potrebbe altresì essere letta come scelta protettiva della funzione giudiziale più esposta e critica. Potrebbe cioè derivare dalla finalità della riforma che, in coerenza con la giurisprudenza comunitaria, è stata soprattutto quella di munire di effettività gli strumenti di unificazione dell'ordinamento (in specie l'obbligo di remissione al massimo organo nomofilattico da parte delle sezioni semplici delle altre corti) con la regola della responsabilità, piuttosto che dilatare la potenziale sfera di sanzione di tutti i magistrati.

Questa mancata inclusione nell'area della rivalsa, quindi, potrebbe leggersi come considerazione del rischio insito nella cognizione sommaria, rispetto alla quale, ferma la responsabilità oggettiva dello Stato in caso di manifesto errore, non si vorrebbe porre il giudice in una situazione di costante timore.

Stante questo quadro disciplinare, restano da valutare due aspetti la compatibilità (intesa come ragionevole bilanciamento) della nuova disciplina con l'indipendenza della magistratura.

Al riguardo, si è chiarito che la nuova disciplina presenta, in definitiva, alcune variabili.

La prima variabile riguarda la continuità o meno della giurisprudenza in ordine al concetto di negligenza inescusabile rispetto agli orientamenti ante 2015.

La seconda riguarda la declinazione pratica che sarà data alle nozioni, come detto incerte, di travisamento del fatto e delle prove.

La terza riguarda la lettura che sarà data in ordine alla esclusione dalla rivalsa obbligatoria delle ipotesi di errore revocatorio e di provvedimento cautelare al di fuori dai casi consentiti.

Sembra presumibile che la Cassazione non muterà indirizzo sulla negligenza inescusabile. Non ve ne sarebbe d'altronde ragione. La estensione oggettiva della responsabilità dello Stato, per adeguarsi al *dictum* eurounitario, ha operato escludendo la rilevanza, a quel fine, della

⁹⁸ Al riguardo, v. A. Proto Pisani, loc. cit., e F. Verde, op. cit., pp. 133-146.

⁹⁹ Cass. sez. I, n. 18329/2002.

negligenza inescusabile. Non già modificando questa. Né sembra rilevare la rimodulazione del rapporto tra colpa grave e clausola di salvaguardia, posto che una interpretazione o una valutazione viziata da inescusabile negligenza, come naturale, è sempre stata fuori da essa.

La declinazione del travisamento realisticamente inciderà sulla responsabilità dello Stato, potendo estenderla o contenerla, ma, ferma la nozione di negligenza inescusabile, non inciderà significativamente sul magistrato. Sarebbe in teoria possibile, ma è presumibile che la Cassazione, coerentemente alla sua tradizione, farà buona guardia dell'indipendenza dell'ordine cui appartiene.

La terza questione, di contro, è la più imprevedibile. Tenderei ad escludere che le Sezioni unite accettino l'espansione della giurisdizione contabile. Ma è indubbio che ogni soluzione ermeneutica presenti qualche criticità con i principi costituzionali. Quella proposta, di ritenere esclusa la rivalsa *tout court*, massimizza la tutela dell'indipendenza. Ma è implicita in essa una "lettura" della responsabilità intesa quale rimedio riparatorio del danno (che sarebbe garantito dallo Stato) e quale strumento di unificazione dell'ordinamento oggettivo (di cui la responsabilità o meglio la sua minaccia sarebbe garanzia), in ambo i casi in ottica oggettiva e sistemica. Ma è chiaro che essa non potrà che apparire insoddisfacente a chi vede nella responsabilizzazione del giudice un mezzo per mettere in relazione persone, al di là dei ruoli, e a chi ipotizza una responsabilità quale controllo esterno del giudiziario ¹⁰⁰.

Si è, però, prima evidenziato che una responsabilità dei giudici potrebbe facilmente emergere in caso di violazione dell'indirizzo delle Sezioni unite, dell'Adunanza plenaria o delle Sezioni riunite.

Qui la violazione di una norma procedurale, espressamente introdotta (a valle di un periodo di estrema contraddittorietà d'indirizzo delle magistrature superiori), non diversamente dal mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sembra potere configurare un caso elettivo di applicazione della violazione manifesta del diritto e di negligenza inescusabile.

Mi riferisco, specificamente, a questa violazione formale, dacché tendo ad escludere, a fronte della richiamata consolidata giurisprudenza, che sul piano interno sarà sufficiente la differenziazione, ancorché poco motivata, della giurisprudenza consolidata per basare una negligenza inescusabile ed una responsabilità.

In caso di mancata remissione, di contro, il rimprovero sarà la mancata cooperazione alla definizione collettiva di un diritto ragionevole ed uniforme (o la assoluta ignoranza dell'orientamento del massimo organo nomofilattico) e non già un dissenso ermeneutico, la cui sanzione varrebbe a minare in radice il principio del libero convincimento.

Questo scenario si ritiene compatibile con il principio d'indipendenza funzionale, intesa quale autonomia interpretativa, dovendo questa essere inserita nel processo progressivo e collettivo di definizione di un diritto uniforme ragionevole. In mancanza del quale l'assolutizzazione della indipendenza del singolo rischia di minare la funzione e il potere esercitato.

¹⁰⁰ Riferimenti in F. Dal Canto, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, in *Questione giustizia*, 3/2015, pp. 188-189.

In questo processo progressivo e collettivo il punto centrale è la motivazione con la quale ogni organo giudiziario esprime le ragioni della sua decisione, legittimandosi internamente ed esternamente.

Assumendo un caso difficile ¹⁰¹, di quelli che estremizzano la pluralità di soluzioni possibili, la logica del sistema legittima la pluralità ideale e culturale delle soluzioni da parte dei giudici di merito, il loro accumulo e la possibile formazione di indirizzi dominanti a livello di giurisdizione nomofilattica.

La libertà interpretativa dei giudici di merito è peraltro preservata, a prescindere dagli orientamenti della corte nomofilattica, dalla non riconducibilità alla nozione di negligenza inescusabile di un motivato dissenso dal diritto vivente.

Allorché la “difficoltà” del caso o della soluzione ermeneutica abbiano portato, come verosimile, ad una pluralità di soluzioni alternative nelle stesse supreme corti, le esigenze di unificazione e di prevedibilità dell’ordinamento e del sistema sociale impongono una decisione (provvisoria ma) unitaria. Soluzione provvisoria, si diceva, giacché nulla esclude il perdurare del dissenso e la rimessione alle Sezioni unite (ed ai suoi omologhi presso le altre magistrature) di motivate opzioni di rimediazione della soluzione. Come nulla esclude che la scelta ermeneutica delle Sezioni unite possa essere contestata attraverso la remissione alla Corte costituzionale o il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di una questione di legittimità costituzionale o di una questione interpretativa in ordine al diritto vivente da questa proposto, sussistendone i relativi presupposti ¹⁰². Come nulla esclude che la soluzione cui fosse pervenuta la giurisprudenza nazionale possa essere oggetto di accertamento e di condanna per violazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, su istanza del soggetto interessato.

Questo assetto orizzontale dei rapporti tra le alte Corti, in un certo modo, riequilibra la compressione che le norme processuali hanno imposto all’autonomia delle sezioni semplici. E connota in ottica non solo verticale il modello.

6. La responsabilità dello Stato per attività giudiziaria

Nel presente paragrafo si intende proporre una soluzione alle aporie generate dalla nuova normativa, tra tutte: la contraddizione non pratica, ma logica, di due accertamenti opposti in ordine ad una medesima sostanza. Una soluzione in tal senso potrebbe essere quella di introdurre un’ulteriore ipotesi di revocazione del giudicato, per errore giudiziario dovuto a colpa grave.

¹⁰¹ Cfr. A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995.

¹⁰² La Corte di giustizia, Grande Sez., 5 aprile 2016, *PFE*, ad es., ha statuito, a) «l’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest’ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull’interpretazione o sulla validità del diritto dell’Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l’orientamento definito da una decisione dell’adunanza plenaria di tale organo giurisdizionale, è tenuta a rinviare la questione all’adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale» (punto 36); b) «l’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione vertente sull’interpretazione del diritto dell’Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell’Unione» (punto 42).

Con ordine. Concentrata sulla tradizionale questione della responsabilità dei magistrati e del bilanciamento tra responsabilità e indipendenza della funzione, la dottrina sembra meno interessata ad analizzare l'esatta portata dell'introduzione di una responsabilità oggettiva dello Stato per attività giudiziaria.

Che si tratti di responsabilità oggettiva ¹⁰³, anzitutto, è indiscutibile, essendo richiesto un elemento subiettivo (peraltro oggettivato e non connesso all'organo giudiziario decidente) solo al fine di vagliare l'inescusabilità e gravità dell'inosservanza delle norme, mentre nulla è richiesto nei casi di travisamento del fatto o delle prove, di errore revocatorio e di emissione di misura cautelare al di fuori dei casi consentiti.

Sulla potenziale notevolissima ampiezza della nozione di travisamento, soprattutto delle prove, ci si è già soffermati, ma anche l'area della grave e inescusabile inosservanza sembra invero ben più ampia di quella della negligenza inescusabile fin qui considerata per accollare a Stato e giudice le rispettive responsabilità. Anche a fronte dell'ulteriore specificazione che il contrasto dell'atto con gli orientamenti della Corte di giustizia costituisce colpa grave (presunta) non è implausibile ritenere che sia inescusabile ogni grave errore di diritto e non già solo una sua aberrante interpretazione (che è, invece, il presupposto delle responsabilità personale dell'organo giudicante).

Ma anche a prescindere dalla declinazione che la giurisprudenza darà a questi concetti, resta il rilievo che l'area della responsabilità dello Stato è considerevolmente più grande di prima.

Se quindi il tema della responsabilità per atti giudiziari è stato, fin qui, un tema economicamente marginale, andrà verificato il costo del disservizio della funzione giudiziaria. Costo, invero, inevitabile, stante l'estrema complessità del sistema normativo. Costo che è stato fin qui a carico degli utenti. Ma che la nuova norma ha deciso, in parte, di socializzare.

Questa modifica incide, poi, sulla stessa funzione della responsabilità.

Fino alla legge 18/2015 poteva ancora ragionarsi di una responsabilità vicaria dello Stato, fondata sull'illecito del giudice, e di uno scudo protettivo a favore del magistrato, che non abbia commesso reato, costituito dalla impossibilità di una azione diretta del danneggiato e dalla limitazione quantitativa della responsabilità, parametrata, oltretutto, non al danno provocato, ma al reddito del funzionario.

Ma una volta che l'area di responsabilità dello Stato non coincide con quella del magistrato, sia per la diversità dei presupposti sia per la dubbia rivalsa in taluni casi, non resta che riconoscere, che il modello si è progressivamente spostato verso una riparazione dell'errore giudiziario da parte dello Stato e verso una sanzione paradisciplinare nei confronti del giudice.

Non è, infatti, inutile rilevare che i medesimi presupposti che fondano la cd. responsabilità del giudice fondano altresì la responsabilità disciplinare, che i due giudizi sono connessi al punto che l'uno impone, salvo un filtro preliminare di fondatezza, l'attivazione dell'altro, che nel giudizio di responsabilità si acquisisce *ex officio* l'intero fascicolo di quello disciplinare e che il risarcimento si atteggia, in realtà, quale sanzione misurata nel minimo dal danno cagionato e nel massimo da una percentuale (prima un terzo ora la metà) del reddito annuo netto del

¹⁰³ N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, cit., p. 305.

magistrato. Un modello di responsabilità, come è chiaro, affatto distante da quello ordinario e concepito piuttosto per rafforzare la deterrenza del rimprovero disciplinare.

Se, fino alla novella del 2015, in definitiva, poteva ancora sostenersi che quella discendente dalla legge Vassalli fosse una responsabilità civile speciale *ex art. 28 Cost.*, giustificata dalla peculiarità della posizione istituzionale del giudice (Corte cost. sent. n. 2/1968) sembra oggi essersi decisamente seguita la diversa opzione, caldeggiata in dottrina ¹⁰⁴, di una più estesa disciplina della riparazione degli errori giudiziari *ex art. 24*, comma 4, *Cost.*

Rispetto a tale qualificazione, poi, non sembra inutile richiamare l'orientamento della più recente giurisprudenza delle Sezioni unite, per le quali la responsabilità dello Stato legislatore per violazione del diritto dell'Unione europea è da atto lecito e comporta un indennizzo (con quanto ne discende ai fini della prescrizione) e non una responsabilità extracontrattuale.

Considerando che la sentenza *Köbler* e le successive sono tutte sviluppate in continuità con le decisioni sulla responsabilità dello Stato legislatore, non sembra infatti incongruo considerare in questa prospettiva anche la disciplina interna, che ne ha attuato i principi.

Il tema non è solo teorico o classificatorio e viene evidenziato non solo e non tanto per dimostrare la lucidità e la profeticità della lontana riflessione di Piero Alberto Capotosti, da cui è partita questa analisi. Ma perché ricondotta alla funzione di oggettiva riparazione degli errori giudiziari, anche incolpevoli, piuttosto che alla sanzione-riparazione dell'illecito del magistrato, la disciplina di cui alla legge n. 117/88 non può che apparire, in un certo senso, parziale e limitata.

Il punto merita un approfondimento.

Nella nozione di riparazione di errore giudiziario, come acutamente rilevato da Capotosti, rientrano tanto le impugnazioni quanto il riconoscimento di un indennizzo in capo all'interessato.

E che una connessione tra mezzo di impugnazione e giudizio di responsabilità vi sia è indiscutibile.

Basti riandare all'insegnamento chiovendiano che sulla base del principio *res iudicata facit ius* ¹⁰⁵, assolutizzando il valore del giudicato, negava il risarcimento proprio in ragione della *res iudicata*. O rammentare che fino al 1988 di danno poteva parlarsi solo in caso di dolo ovvero nel caso in cui l'ordinamento consente di superare, in ogni tempo, l'intangibilità dell'accertamento definitivo.

Il danno stesso, d'altronde, ha natura o misura diverse a seconda se il provvedimento lesivo sia stato riformato o annullato o se, viceversa, le decisioni dei giudici di gravame si siano allineati nella decisione, rendendola intangibile.

Il rovesciamento di prospettiva che, sulla scorta del rilievo solo formale del giudicato stesso, ha ritenuto qualificabile la decisione definitiva come un illecito e fondare su di essa l'azione

¹⁰⁴ G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., pp. 219-220. Ma già prima, G. Duni, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 591 ss., spec. p. 608.

¹⁰⁵ G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Nicola Jovene, 1923³, p. 482. Nello stesso senso S. Satta, *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1959, pp. 211 ss. e l'intera dottrina dell'epoca. Dottrina maggioritaria ancora fino alla nota di Piero Alberto Capotosti del 1968.

risarcitoria è indiscutibilmente meritorio, dacché riconosce tutela a chi subisce una decisione errata. Ma è sul piano sistematico una lacerante contraddizione.

Non può, infatti, non apparire inappagante la convivenza nel sistema di un accertamento definitivo, che disponga un assetto di interessi, e di un accertamento, anch'esso in ultima analisi definitivo, che sul rilievo della illiceità/erroneità del primo preveda un risarcimento o un indennizzo.

Come non può apparire inappagante che dolo ed errore revocatorio (ed entro certi limiti il travisamento del fatto) possano determinare la revisione/revocazione del giudizio (lasciando al risarcimento/indennizzo *ex l. n. 117/88* la funzione di risarcire i danni non riparati dall'annullamento del provvedimento), mentre le altre fattispecie che, del pari, cagionano la responsabilità dello Stato e del giudice, non possano svelle la intangibilità della decisione lesiva.

Negli anni Settanta del secolo scorso, Aldo Mazzini Sandulli ¹⁰⁶, dopo avere analiticamente contestato la disciplina allora vigente della responsabilità del giudice, dopo avere confutato che il giudicato potesse precludere il risarcimento, dopo avere proposto, in coerenza con la sentenza n. 2/1968 della Corte costituzionale (di cui era stato Presidente e redattore) l'estensione della responsabilità dello Stato ai casi di colpa grave, propose la introduzione di una nuova ipotesi di revocazione. Fondata appunto sull'errore per colpa grave del giudice.

Tale proposta sembra doversi attentamente riconsiderare nello scenario attuale, dacché da essa discenderebbe, ad un tempo, una limitazione della responsabilità dello Stato e una tutela più effettiva dell'interessato, che conseguirebbe non solo una tutela per equivalente, ma anche una reintegrazione specifica del proprio interesse.

Inquadrata come riparazione degli errori giudiziari la nuova disciplina della responsabilità dello Stato da attività giudiziaria potrebbe forse essere vagliata nella sua ragionevolezza, nella parte in cui limita la tutela riparatoria a quella per equivalente, senza consentire la revisione del previo giudizio e senza quindi consentire il conseguimento dell'interesse primario del soggetto interessato, anche in caso di manifesta violazione del diritto e di travisamento delle prove.

La revocazione per errore giudiziario dovuto a colpa grave costituisce un rimedio ulteriore da circoscrivere con attenzione, non potendosi dare la stura ad un processo infinito, che negherebbe l'essenza stessa della funzione giurisdizionale. Se ciò è vero, è parimenti vero che una simile ipotesi revocatoria, eviterebbe la contraddizione non pratica, ma logica, di due accertamenti opposti in ordine ad una medesima sostanza (avendosi, da una parte, una sentenza che accerta il manifesto errore giudiziario commesso con colpa grave e, dall'altra, una sentenza "difettosa" che resta in piedi).

Tale nuova forma riparatoria avrebbe, poi, il vantaggio di mantenere presso le giurisdizioni speciali, costituzionalmente garantite nell'autonomia della propria interpretazione giuridica, l'accertamento della manifesta violazione del diritto ¹⁰⁷. Evitando che sia il giudice civile a dovere definire i gravi errori di diritto di giudici appartenenti ad altri ordini, con possibile compromissione della loro autonomia.

¹⁰⁶ A. M. Sandulli, *Atti del giudice a responsabilità civile*, cit., pp. 1305-1306.

¹⁰⁷ Cfr. M. P. Chiti, *La messa in discussione del riparto di giurisdizione attraverso il "Cavallo di Troia" della riforma della responsabilità civile dei giudici*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2012, pp. 1008 ss.

E consentirebbe, altresì, di risolvere il delicato tema del giudicato contrastante con il diritto comunitario, che, come noto, ha mosso la Corte di giustizia a ritenere, in taluni casi, incompatibile con l'ordinamento eurounitario lo stesso art. 2909 c.c.. E consentirebbe di rendere meno *extra ordinem* la introduzione (legislativa o giurisprudenziale) da parti di alcuni ordinamenti di una apposita ipotesi di revocazione per violazione del diritto della Convenzione europea.

La introduzione, invece, di una generale forma di revocazione/revisione per manifesto errore di diritto completerebbe lo sviluppo del sistema verso una prevalenza del valore sostanziale della verità (nel limitato senso umano e procedurale che può darsi al concetto) e restituirebbe ad esso coerenza, senza per questo ledere alcun legittimo affidamento (non potendosi ritenere tale quello riposto in una decisione manifestamente contraria a diritto o viziata da travisamento del fatto) ¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Per una diversa visione del bilanciamento tra diritto europeo e giudicato nazionale, ispirata alla tutela dell'affidamento da considerarsi quale controlimite costituzionale a ogni lesione dell'intangibilità del giudicato in ambiti dove non sia in discussione una questione di competenza procedurale tra giurisdizione nazionale ed europea, non sia coinvolto unicamente un (ritenuto) recessivo interesse di un ente organismo pubblico o non si tratti di un giudicato formatosi in modo incostituzionale, v. R. Caponi, op. cit., pp. 350 ss.